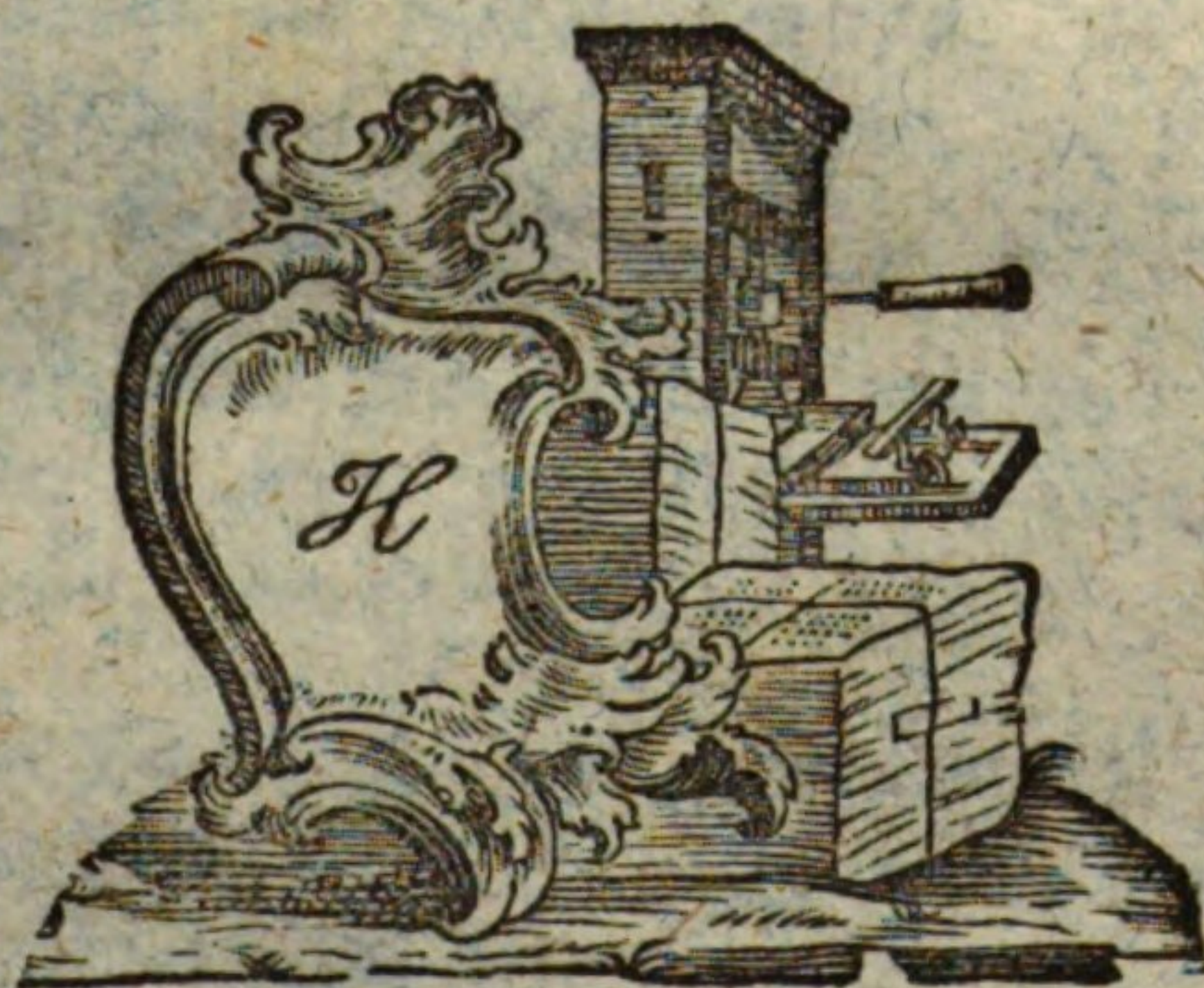
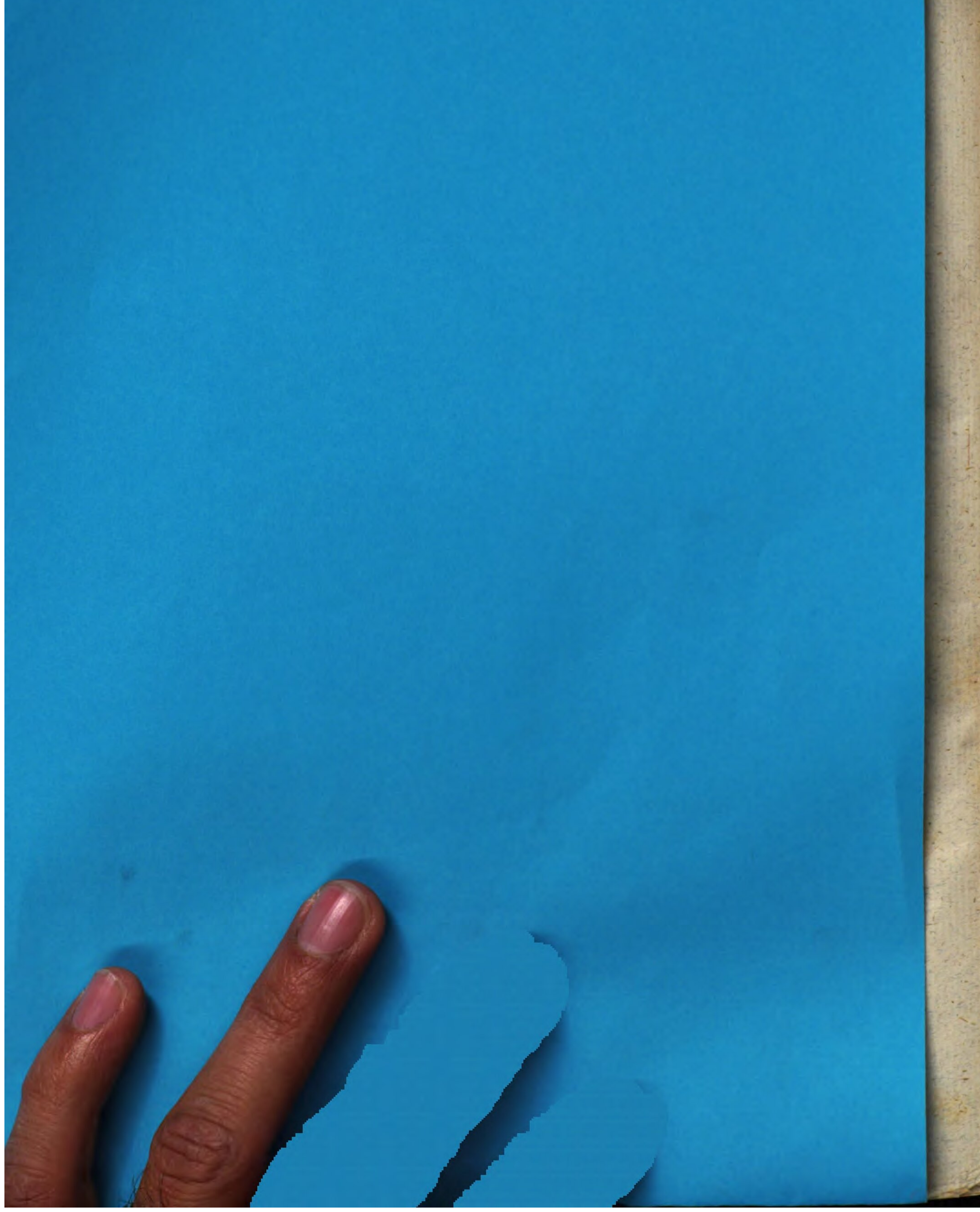


DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS XI.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1784.



DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS XI.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV L. C. HENDEL.

1784.

DISSERTATIONVM

ATQVE

PROGRAMMATVM

CRILLIANORVM

FASCICVLVS XI.



HABERE AD SALAM

TYRIS ET SVMTA I. C. HENDEL.

1784.

Index dissertt. huius fasciculi.

XCIV. Dissert. *de arrha a sponsae heredibus restituenda*, ad L. 3. Cod. de sponsal. & arrbis; disp. defend. Frideric. Gottlieb WILISCH, Advoc. Haynensis in El. Sax. immatric. Vitemb. d. 12 Oct. 1753. pag. 1777

XCV. Theses iur. ciu. & Germ. *de praescriptione immemoriali*; defend. Io. Fridr. OTTENS, Beltzigio-Saxo. Ib. d. 23 Mart. 754. 1809

XCVI. Diss. *de filia vidua ad patrem reuersa*, ad Leg. 12. D. de adoption. & emancipation. disput. Io. Iosua IAHN, Zahna-Saxo. Ib. d. Maii 754. 1811

XCVII. Diss. *de intercessione pro debitore mortuo*; ad Leg. 22. D. de fideiussor. & mandator. disp. Io. Georg. FRANKKE, Islebiensis. Ib. d. Maii 754. 1827

XCVIII. Obseruatt. *de foro viduarum*, ad Leg. 22. §. 1. D. ad municipal.; defend. Frid. Adolph. KRIEGK, Gubena-Lusatius. Ib. d. Iun. 754. 1851

XCIX. Theses iur. ciu. *de fideiussione tacita, seu quasi fideiussione*; ad Leg. 2. pr. D. ad municipal. ad disp. proposuit Carol. Frid. RICHTER, Geysinga-Misnicus. Ib. d. 16 Iul. 754. 1869

C. Diss. *de periculo obligationis alienae sine fideiussione*, ad L. 4. §. 3. D. de fideiussione & nomin. disp. defend. Erdmann Benjamin FEYEREISEN, Groslogauiensis. Ib. d. 20 Aug. 754. 1872

CI. Progr. *de confessione debiti inofficiosa*. Cum pro licentia
gradum doctoris vtr. iur. obtinendi disp. Erdm. Beni.
FEYEREISEN. Ib. d. 20 Aug. 754. 1893

CII. Obseruatt. *de filio patris aut matris curatore*, ad Leg. 1.
§. 1. D. de curator. furios. & aliis. disp. defend. Carol.
Aug. HYNDIVS, Gommera - Saxo. Ib. d. Sept.
754. 1897

CIII. Obseruatt. *de fructibus pratorum ante tempus pascendi
perceptis*. (Von der Wiesen - Nutzung zu geschlosse-
nen Zeiten.) ad Leg. 31. *D. de verborum significatione*.
disp. defend. Ern. Ludov. LANGBEIN, Radeberg.
Misnicus. Ib. d. Oct. 754. 1922

CIV. Obseruatt. *de poena instigationis*, ad Leg. 20. *D. de his qui
not. infam.* disp. defend. Gottlob Aug. PIERSIG,
Niemitichio - Lusat. Ib. ad diem Dec. 754. 1939



XCIV.

DISSERTATIO INAUGURALIS

DE

ARRHA A SPONSAE HEREDIBVS
RESTITVENDA.

AD L. III. COD. DE SPONSAL. ET ARRHIS.

VITEMBERGAE, AD DIE XII. OCTOBR. A. Q. S. P. EST CIOIO CCLIII.

*L. III. C. De sponsalibus**Imppp.* GRATIANVS, VALENTINIANVS &
THEODOSIVS *AAA. Eutropio P. P.*

Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona iam praebuit. *Dat. 15. Kal. Iul. Thess. GRATIANO A. V. & THEODOSIO A. I. CONSS. 380.*

§. I.

Gaudemus quidem etiam de *absentibus* amicis. Honestum enim amorem, quod ANTONINVS imperator apud VLPIANVM docet, *solis amicis* & mutua affectione aestimamus *L. 3. pr. D. de donat. inter vir. & vxor.* Sed LVCIVS ANNAEVS SENECA illud *gaudium* leue & euandidum esse iudicat, nisi *sensu* quodam *praesente* & *conspetu* confirmetur. Conspectus & praesentia & conuersatio habent aliquid *viuae voluptatis* ^{a)}. Hoc autem conspectu quum perfrui semper non possint, qui *spem matrimonii* & consortii aeterni conceperunt, *pignora* & *monimenta* mutui amoris substituunt, quae *ingerant* & *inculcent auctorem* suum, & absentem quasi oculis subiiciant, ideoque prohibeant, ne donatoris possimus obliuisci ^{b)}. Hoc consilio vruntur morituri, qui, quum discedere cogitant & iam parati sunt ad tenebricosam illam & tristissimam profectonem, volunt exstare *vestigium sui*, quo *memoriam* & gratiam amicis & posteris commendent. Ita Damocetas

In negotiis arduis pignora desiderantur ut constet de seria voluntate maxime in spe matrimonii.

a) SENEC. Epist. XXXV.
Fasc. XI.

b) idem de benef. Lib. I. c. 12.

tas ille, VIRGILIUM MARONEM, quum aliud non haberet, fistulam donavit Corydoni

Et dixit moriens: te nunc habet ista secundum c)

Ita Damon, quum munera deessent, quae mitteret amicae, versiculos maenaios reliquit:

— — — *extremum hoc munus morientis habeto d)*

Pro suis enim quisque facultatibus liberalis est, sed liberalis tamen & muneribus non parcit, ut sui memoriam relinquat. Magnificentius igitur Thracius Cisseus Anchisae cratera impressum signis dono dedit &

Ferre sui, iussit, monimentum & pignus amoris e)

Generaliter S. POMPEIUS FESTVS *f)* atque VLPPIANVS *monimenta* appellant, quae quis *memoriae seruandae causa* fieri iusserit, aut quae facta sint ad memoriam aeternam *L. 2. §. 6. D. de religios. cet.* Hoc loquuntur lapides illi litterati apud GRUTERVM, sepulcris impositi, quos *monimenta & memorias* plerumque appellabant, & ab heredibus poni, testamento & fidei commissis maxime, praecipiebant. Hinc multis lapidibus inscripta formula M. M. T. FEC. memoriam ex testamento fecit *g)*.

MACER, Iureconsultus, obseruat, testatores interdum desiderasse monimentum amplum cum porticationibus in circum, ut posteris *memoriam* sui commendarent & iucundiores facerent spatiosa deambulatione *L. 37. D. de religios.*

Hanc morientium solertiam iustius imitantur *viui*, quorum magis interest, ne ipsorum *absentium memoria* confestim deponatur. Pauci enim tam grati sunt, ut, quod non vident, cogitent, sed *pignora mansura* desiderant, & quasi spirantia, ut *memoria* amici cum ipso munere in oculos incurrat *h)*. Caduca est memoria & illa perdita esse existimat, quae praeterierunt, nec praesente sensu animum afficiunt *i)*.

Expectant igitur plerique *monimentum* aliquod amoris, ut absentium saepius, cum tenera quadam animi affectione, recordentur. Haec sunt illa *pignora mutuae charitatis*, quae FABIVS QVINCTILIANVS amantibus commendat *k)*. Neque tamen in *amoribus* duntaxat, sed etiam in *veris amicitis* & seria coniunctione animorum desideramus luculentam aliquam significationem, ut de mutua voluntate extantioribus monumentis utrique amicorum constare possit. Quamuis enim perfecta amicitia sit consortium aliquod

c) VIRGIL. Eclog. II. v. 38.

d) id. Eclog. VIII. v. 60.

e) VIRGIL. Aeneid.

Lib. V. v. 538.

f) FESTVS de verb. signif. in voce: *monimentum*.

g) GRV-

TERVS inscript. Tom. II. p. 1139. num. 13.

h) GRUTERVS ibid.

i) SENECA de benef. Lib. I. c. 12.

k) idem ibid. Lib. III. c. 3. in fine.

quod inter *sapientes* ^{l)}, qui non sola utilitate praesente res aestimant; Tamen etiam apud sapientes, quae recentia viguerunt, interiecto spatio subinde obsolescunt ^{m)}. Eaque de causa *pignoribus* efficiendum est, ut *memoria* meritorum haereat, praesente monumento confirmata ⁿ⁾. Haec sunt illa corpora, quae, *IAVOLENVS* ^{o)}, non pretio, sed affectu aestimanda esse, docet, ut expediat, interdum eum magno onere aeris alieni, illa comparare *L. 36. D. de oper. libert.* *CAIVS VALERIUS CATVLVS* anxie reposcit linteum, quod

Ipsam non mouet aestimatione,

Verum est μνημόσυνον boni sodalis,

ideoque non minus ipsi amandum videtur, quam Fabullus, qui hoc ipsi donauerat monumentum pristini amoris ^{p)}.

Sed maxime tamen in *sponsalibus*, quibus fidem nostram *sponsae* obstringimus, *pignora* desiderantur. Enim vero, qui matrimonium promittunt, cum illis personis iungunt amicitiam, quarum multae sensu magis praesente, quam deliberatione animi reguntur. Perit plerumque gratia facti veteris, nisi quotidie *reficiatur*.

Interdum quidem nihil magis obligat fidem, quam si amicis *sine pignore* credamus & fidem ipsis sponte habeamus, cum sibi quisque *credi* velit in amicitia ^{q)}. In amore vero futurorum coniugum, qui plerumque impotens est & incertus ^{r)}, desideramus *alimentum* aliquod amoris, ut fides mutua, quasi assiduo & perperuo conspectu, nutriatur.

Frustra igitur *OVIDIVS NASO* ^{s)} amantibus indignatur, qui munera depolcant, quum ipse fateatur, necessaria esse munuscula, in primis annulum, quo dato,

Illam datam vere sentiat esse fidem ^{t)}

Nimirum in omnibus negotiis magni momenti, consuetudine omnium gentium exiguntur quaedam *pignora*, quibus datis intelligatur, rem ab utraque parte *serio* administratam esse. Plerisque contractibus, quamuis consensu perficiantur, accedunt *arrahae*, quasi *signum* aliquod *perfecti* & mutui consensus, ut animis contrahentium omnis dubitatio, *pignore* praesente, eximatur, *L. ii. §. 6. circa fin. D. de act. emt. L. ult. de lege commissor.*

Quum veto plerumque dubia sit mercantium & vendentium fides, si omnia alia pignora deficiant, *poenae* stipulatione sibi prospiciunt, qua illius,

A 2

qui

^{l)} *QVINTILIAN.* in proem. instit. orat. p. 6 in edit. Burm. ^{m)} *SENECA* de benef. Lib. VII. c. 12. ⁿ⁾ idem ibid. Lib. III. c. 1. ^{o)} idem ibid. Lib. II. c. 24. ^{p)} *CATVL.* Epigr. XII. in Asinium. ^{q)} *LIVIVS* Lib. XXII. c. 22. ^{r)} *FLIN* Lib. II. Epist. 2. ^{s)} *OVIDIVS* de art. amand. Lib. I v. 420. Quaque aliquid dandum est, illa sit atra dies. ^{t)} id. amor. Lib. II. eleg. XV. v. 26.

qui fidem dederit, poenitentia & inconstantia, quasi quodam pignore, coëreatur, nostri pecuniam poenitentialem, seu mulctam poenitentiae, den *Neufauf*, voce germanica, appellant. Haec, si a contrahentibus promissa esset, olim ab illo, qui discedere voluerat, in poenam solius leuitatis & conatus, exsoluenda erat, vt aduersarius, quodam quasi pignore, retineretur. Quamuis enim pecunia poenitentialis exsoluta esset, nihilominus aduersus soluentem directe agi poterat, ad fidem contractus principalis adimplendam, *arg. L. 47. D. de act. emt. L. 6. C. de rescind. vendit. u)* Hodie vero, in Saxoniae electoratu, hoc sine promittitur multa, vt, illa exsoluta, & re adhuc integra a contractu discedatur. *Decis. Elect. Saxon. nouissim XVI.*

In his igitur negotiis, quae serio administrantur, vel *pignora mutui consensu* dari solent, vel poena a contrahentibus promitti, in eum casum, si quis fidem contractus deserere auderet. *PAVLLVS* vero *solam spem matrimonii* excipit, ne illa *poenae* stipulatione confirmetur. Inhonestum enim & bonis moribus aduersum iudicauit, *spem nuptiarum*, mulctae vinculo obstringi, & sponsalia *conventionali poena* obligari *L. 134. pr. D. de Verb. Oblig.* Quapropter, quum poenae locus esset, *arrharum pignore* potius fidem certissimam in sponsalibus significandam esse, *LEO* & *ANTHEMIVS* imperatores praeceperunt, de quibus deinceps exponemus. Vides, *pignora* nonnunquam necessaria esse in conciliandis amoribus, iisque retinendis.

SEXTVS CAECILIVS & *PAVLLVS* & *POMPONIVS* tamen sponis duntaxat donandi facultatem permiserunt, sed, inito iam coniugio, noluerunt ratas esse inter maritum & vxorem simplices donationes, ne, *muneribus* inuicem datis, fidem obligarent, quum ipsi iam corporibus vniti sint & perpetuo consortio coniuncti *L. 2. D. de donat. int. vir. & vxor. L. 1. & 3. pr. & L. 31. §. 7. D. eod.* Timebant enim, ne concordia coniugum *pretio* conciliari videretur, quod magis meretricibus conueniebat. Noluerunt permittere, vt melior ad paupertatem perduceretur, & deterior pars fieret locupletior cum damno innocentis. Praeterea prospiciendum erat, ne vxor, donationibus assueta, corpore quaestum facere disceret & honestissimam coniunctionem lucri studio contaminaret. Coniugum enim fidem ipsa communium liberorum procreatio satis censebatur obstringere, quum liberorum cogitatione nihil sit efficacius ad humanum ingenium deuinciendum *x)*. Hac de caussa ipsos *liberos matrimonii pignora* dicere solebant, quibus concordia mutua contineretur *y)*. Eleganter *IUSTINIANVS* obseruauit, indignum videri, si vxor, quae marito se ipsam tradidit, deinceps pignora ab ipso

u) Vid. de *BERG.* in oeconom. iur. Lib. III. Tit. v. §. 7. dissentit *STRYK.* in Vsu Modern. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 11. p. 280. *x)* *LIVIVS* Lib. I. c. 9. in fine. *y)* *OVID.* Lib. III. Metam. v. 134. & pignora cara nepotes. it. *QUINCT.* instit. orat. Lib. VI. c. 1.

ipso postulare, quasi timeret perfidiam mariti *L. 2. C. ne fideiussor. vel mandat. dot. det.*

§. II.

Amor igitur, ut diximus, *pignora* desiderat & *liberalitatem* aliquam, quae sumtibus non parcat, donec vinculo perpetuo & certo obligetur. Ipsa natura mutui amoris efficit, ut profusa facilitate, quod *SEXTVS CAECILIVS* ait, inuicem ostendere cupiant studium bene de se inuicem merendi. *L. 2. D. de donat. inter vir. & uxor.* Amor enim purus & nulla conditione circumscriptus, est desiderium coniunctionis, ortum ex cognita alterius perfectione & perspecto mutuo amore, ex quo nascitur studium bene de altero merendi. Haec res postulat enixam & luculentam significationem voluntatis & assiduam diligentiam, ne blandiri & iocari duntaxat videamur, sed, ut alter intelligat *serium affectum*, utque ipsi persuadeamus, quod vere a nobis cognoscantur virtutes eius & quod non indigni simus mutuo amore. Nihil efficacius est ad mouendum muliebri ingenium, nihilque magis in sensus incurrit, quam si *muneribus* & donis studium nostrum sponsae comprobemus, ut cognoscat, quanto desiderio illius teneamur. Igitur perpetua quidem, sed non eadem amantium est sollicitudo, qui spem matrimonii cogitant. Vix res illa administrari potest sine muneribus & donis, sed diuerso tamen *animo* & *consilio* sponsis & coniugibus donatur. Dona enim necessaria sunt & interueniunt, non solum in conciliandis amoribus, sed etiam retinendis & reficiendis, in placandis simultatibus, quae consortium perturbant, denique in confirmando mutuo amore. Intellexit hoc *OVIDIVS NASO*, qui semper blanditias desiderari, ait, donec amor conualescat:

Per numeros venient ista gradusque suas z)

Nec tamen indignum est a diuite munera posci. a)

Haec consiliorum diuersitas mirifice perturbat interpretes, in primis si, alterutro mortuo & ipsa spe nuptiarum peruersa, expediendum sit, quo *animo* & *consilio* res quaelibet donata esse videatur.

Plerique veterum, & ipsi imperatores in primis variauerunt in iudicandis donationibus, quibus *sponsus sponsam* demereri laborauit. *SCAEVOLA*, quae ante nuptias donata sunt, non reuocari posse, credit, quamuis matrimonium deinde infirmitur. *L. 66. ff. 1. D. de donat. inter vir. & uxor.* *ALEXANDER*, imperator, si nuptiae non secutae sint, omnia, quae vel sponsae, vel eius patri & matri donata fuerint, sponse restituenda esse iudicauit. *L. 2. C. de donat. ante nupt.* Contra *DIOCLETIANVS* & *MAXIMIANVS*, non reuocari posse, censent, quae a sponso donata sint, quamuis sponsus interfectus sit, ante diem nuptiarum. *L. II. C. eod.* Denique *CON-*

STAN-

z) *OVID. art. amand. L. I. v. 484.*

a) *id. amor. Eleg. 10. v. 53.*

STANTINVS, sententia veterum, qui donationes ante nuptias, quamuis matrimonium non sequatur, omnino ratas esse censuerant, explosa, constituit, omnia, quae sponso aut sponsae donata fuerint *cogitatione nuptiarum*, nuptiis non secutis, sponso sponsaeue aut *eius heredibus* restituenda esse, nisi culpa donatoris aut parentum eius effectum sit, vt nuptiarum consilium distraheretur, *L. 15. C. eod.* Tandem vero, mutato parumper iudicio, idem CONSTANTINVS, si *morte* alterutrius nuptiae impeditae fuerint, donationes a sponsa in sponsum collatas prorsus infirmandas & donata restituenda esse, praecepit, quae autem a sponso profecta sint ad sponsam, osculo non interueniente, mortua sponsa simpliciter reuocanda esse, sin osculum interuenerit, dimidiam partem donationum reuocandam & ab heredibus sponsae reddendam esse iudicauit, *L. 16. eod.* Extremo GRATIANVS, VALENTINIANVS & THEODOSIVS *arrhas* post mortem alterutrius, si nulla culpa interuenerit, sine vlla exceptione reddi iussit, ne superstes, cum luctu, etiam damnum patiatur *L. 3. C. de sponsal.*

Quaeris, cur haec tam varie & tanto dissensu a veteribus ordinata sint. Videbimus, quomodo rem difficilem expediamus. Nimirum IULIANVS recte obseruauit *L. 1 D. de donat.* tria esse genera donationum, quae etiam inter sponsum & sponsam subinde interueniant. *Prima* est, quum sponus aliquid ea mente donat, vt statim velit accipientis fieri, neque villo casu ad se reuerti, solius munificentiae & liberalitatis exercendae gratia, quae *simplex, vera & propria donatio* esse dicitur. *Secunda* species est, si donator rem ea lege duntaxat accipientis facit, *vt aliquid fiat*, prius quam rata sit donatio. Haec donatio *sub conditione* fieri dicitur, vt dominum rei donatae ad accipientem non pertineat, nisi conditio adimpleatur: *tertia* species haec est: quum donator quidem rem transfert in accipientem, sed saluo *iure reuocandi*, si quid factum vel non factum fuerit, quae donatio *sub conditione soluitur* & infirmatur. Ita, eodem teste IULIANO, sponus sponsae interdum aliquid *hac mente* donat, vt donata *confestim* accipientis fiant, interdum, vt habeat sponsa donum hac conditione, *si nuptiae sequantur*, nonnunquam, vt interim quidem habeat donum, sed illud restituat, si interuersa fuerit spes nuptiarum *d. L. 1. §. 1. D. de donat.*

Apparet itaque, totum hoc negotium ex eo aestimandum esse, *quamente* & quo consilio aliquid sponsae a sponso fuerit donatum. Sed haec mens & hoc consilium quum in amoribus raro luculentis verbis declaretur, ex *coniecturis*, & his, quae circumstant, ex ipsa rei donatae natura, ex loco, ex tempore & occasione, qua aliquid donatum est, mentem donantis iudicamus. Ita quaedam ex *natura rerum donatarum*, inprimis si res *mortuae*, hoc est, quae cito periturae sint & per exiguum momentum *utilita-*

litatem praebeant, quocunque tempore vel loco donatae fuerint *simpliciter*, sine reuocandi animo donata esse iudicantur, quum sciat donator, res illas non diu duraturas esse. MARCELLVS igitur, etiam inter coniuges donationem ratam esse censuit, per quam vxor *non fiat locupletior*, ideoque valere donationem, si maritus vxori dederit pecuniam, vr vnguenta & aliae res mortuae coemerentur L. 7. §. 1. D. de donat. inter. vir. & vxor.

Difficilior est interpretatio, si ex solo *tempore*, vel *loco*, vel *occasione*, aestimandum est, vtrum sponsus sponsae aliquid pure, an sub conditione, donasse videatur.

Piget amantium ineptias animo reperere & contemplari, sed res perplexa fere alia ratione expediri & recto iudicio definiri non potest. Certe in *conciliandis* amoribus vix proficies, nisi animum tenerum & deditissimum sponsae futurae muneribus & liberalitate comprobaueris, vt illa intelligat, nos omnia contemnere alia, solius mutui amoris causa. Pleraeque enim didicerunt retia tendere *b)* & asperitatem simulare, donec muneribus deliniantur. Haec talia magis ea mente donari solent, vt *confestim* accipientis fiant & de his intelligendus est IULIANVS, qui iudicat, sponsae quaedam donari hoc animo, ne vnquam repetantur L. 1. §. 1. D. de donat. Igitur, si rationi obtemperes, illa nunquam reuocari possunt, sed pro perditis habenda sunt. Simpliciter enim donata censentur, vt amica de illis gaudeat. Plerumque haec dona etiam non sunt grandia, sed modica duntaxat, ne magnitudo, quod PETRONIVS ait, statim ab initio liberalitatem faciat suspectam *c)*. Hinc facilius credimus, illa simpliciter donata esse.

Eadem donandi necessitas amantibus incumbit, quum *retinendi* sunt amores. Hi enim desiderant perpetua quaedam alimenta, vt supra a nobis obseruatum est. Pertinet ad sponfos illud PLAVTI

Benefacta benefactis aliis protegit, ne perpluant d)

Haec munera multiplicantur & crebro danda sunt, ne spes concepta pereat & corrumpatur

— — — — Inuenit artem

Femina, qua cupidi carpat amantis opes e).

Igitur dicemus potius, haec munera quum exhauriant opes donatoris, si res per tempus longius trahatur, non *simpliciter* donari, sed cum conditione tacita, *si nuptiae sequantur*. Quaedam enim negotia, maxime inter sponsum & sponsam celebrata, *tacitam conditionem* habent, quamuis illa verbis

b) OVIDIVS L. I. Eleg. VIII. v. 69. Parcius exigit pretium, dum retia tendis.

c) PETRONIVS Satyr. cap. 86. in fine.

d) PLAVT. in Trinum. Act. II.

Scen. II. v. 41.

e) OVIDIVS de art. amand. Lib. I. v. 421.

bis non expressa sit. Ita **VLP IANVS** de dotis stipulatione iudicavit, ne illa omnino rata sit, nisi matrimonio secuto, propter tacitam matrimonii conditionem *L. 21 D. de iure dot.* Neque enim credibile est, sponsum perseveraturum fuisse in consilio sumtuosae liberalitatis, nisi iniecta fuisset spes prosperi euentus. Haec proprie *sponsalitia largitas*, seu donationes, *largiendi animo* factae, appellantur, quibus amor mutuus retineatur. *L. 15. C. de donat. int. vir. & vxor.*

Eodem numero habenda sunt munera, quae *placandae* sponsae causa in similitudinibus, post offensiones aliquas, donantur. Semper enim, quod **PLINIVS** ait *f)*, amor est *μικαλτιος*, ut, quum feruet amor, facile amanti irascamur. Sponsa in primis, quasi contempta & neglecta, *irascitur* subinde, si

nondum subacta ferre iugum valet

ceruice, nondum munia comparis

aequare — — — g)

Haec res sine donis & blanditiis confici non potest. **PAPINIANVS** enim non solum sponsis, sed etiam marito permisit, ut *offensam* aegrae mulieris, ut fieri assolet, *maritali sermone*, hoc est, blanditiis & munusculis placaret. *L. 3. D. si quis aliquem test. prohib.* Haec vero munera quum *saepius* exhibenda sint sponsae, in diuturno amore molesta sunt, ut credi possit, sponsum illa non sine spe nuptiarum & matrimonii sponsae daturum fuisse.

Multo secius iudicandum est de his, quae amore magis adulto & in ipso aestu amoris, quasi pretium & alimentum praesentis iucunditatis offeruntur *h)*. Haec enim *profusa facilitate*, quam **POMPONIVS** appellat, exhibentur hoc animo, ut confestim accipientis fiant. *L. 2. D. de donat. int. vir. & vxor.* Ad has donationes proxime accedunt illae, quas **CONSTANTINVS**, ait, *interveniente osculo* fieri, hoc est, inter gaudia & in usu variae iucunditatis, *L. 16. C. de donat. ante nupt.*

Ex solo tempore & occasione, qua aliquid donatur, vix tuto iudicabitur, qua quid mente sit donatum, quum tempus aliquando quidem sponso necessitatem donationis imponere possit, sed non muret consilium donantis. Itaque difficilis interpretatio mulierum, quae *die natali* sponsae, ad augendum usum laetitiae, transmittunt. Haec nim **PAVILVS** *solemnia munera* appellat, quae cognatis & parentibus mittantur. *L. 12. §. 3. D. de administrat. & peric. tut.* Imo vero ne servis quidem remittebatur illius muneris necessitas, quod domini subinde natali die exigere solebant *i)* Sed inprimis

f) **PLINIVS** Lib II Epist. 2. *g)* **HORATIVVS** carmin. Lib II Od. 5. *h)* **PETRON** Satyr c. 85. & 86. **OVID.** amor. Lib. I. Eleg. X. v. 47. *i)* **PLAVT.** in Pseudolo. Act. III. Scen. 1. v. 9. 1q.

mis virgines non credebant diem natalem transigi omnino posse, nisi quis in aurem aut lunulam aut annulum aureum misisset, quod ille apud PLAUTUM ait ^{k)}. Igitur noli dubitare, sponsam die natali donum a sponso expectare. Enim vero illa, apud OVIDIUM NASONEM, etiam per mendacium fingit diem natalem, ideoque, lucri causa,

— — quasi natali deposcit munera lbo,

Et quoties opus est, nascitur ipsa sibi l).

Sed quo animo datum dicemus, quod a sponso natali die sponsae erogatur? Res in primis ex *magnitudine* & pretio videtur aestimanda esse. Quae enim exigua sunt, & pro sponsi facultatibus, modica aut cito peritura, si naturalem rationem audias, sponsae serio dantur, ut confestim sine omni conditione accipientis fiant. *L. 31. §. 8. D. de donat. int. vir. & uxor.* Voluit enim sponsus hoc dono ostendere, se in societatem illius gaudii venire, seque omnibus illis rebus, quae ad sponsam pertinent, attingi. Contra qui munera solemnia & non inusitata, sed *magni pretii*, miserit, videtur, matrimonium futurum cogitasse, ut sponsae spem iniiceret felicissimi confortii, & ostenderet, se annixurum esse, ne quid ipsi desit ad fructum iucundissimae felicitatis. Haec igitur grandia munera, nisi conditio personarum aliud suadeat, videntur continere tacitam conditionem, *si nuptiae sequantur*.

Vides, si de donantis animo quaeramus, omnia incerta esse & perpetua regula non posse definiri, sed ex pluribus argumentis, ex natura muneris, ex conditione personarum, ex tempore & loco, ex verbis, ex omnibus, quae circumstant, difficili aestimatione colligendum esse, utrum quis pure donauerit, an sub tacita conditione nuptiarum. Haec res effecit, ut ipsi imperatores tam varie iudicarint de donis sponsalitiis a sponsae defunctae heredibus sponso superstiti restituendis.

§. III.

Non vacat persequi omnia genera donationum, quibus sponsus sponsam demereri solet. Sed *arrhas* attingere debeo, quae & ipsae sunt species aliqua donationis, qua sponsus sponsae animum deuincit. PLAUTVS quidem generaliter munus, quod ab amantibus donabatur, etiam conciliandi amoris gratia, in primis vero *annulum, arrhabonem amoris* appellauit.

Hunc arrhabonem amoris primum a me accipe m).

Audi

Arrha sponsalitia est signum perfecti consensus utrum arrha restituenda sit ab heredibus defunctae sponsae.

k) PLAUTVS in Epidico Act. V. Scen. I. v. 33. sq. l) OVID. de art. amand. L. I. v. 431. m) PLAUTVS in Milite glorios. Act. IV. Scen. I. v. 11.

Audiamus PLINIVM SECVNDVM, qui annulum in *signum* perfectae spon-
sionis atque emtionis, arrhae loco datum apud suos affirmat ⁿ). Immo vero,
si A. GELLIO credimus, maior vis & acrior in *arrha* & *arrhabone*, quam
in pignore ^o), quum *arrhabe* & *arrha* vinculum certissimum fidei utrimque
datae habeatur. Forte hic annulus remansit ex veteris *coemtionis ritu*, quo
in nuptiis Romani utebantur ^p). Sed de hoc ritu deinceps exponemus.
Illud certum est, *venditionibus* arrhas accessisse, non quasi non esse posset sine
arrhis emtio, *sed ut evidentius probari posset*, conuenisse de pretio L. 35.
D. de contrah. emt. Hoc mouit VLPIANVM, ut crederet, *arrham sine*
caussa apud venditorem esse, si postea conuenerit, ut irrita sit venditio.
Arrha enim data est, ut consensus probaretur, a quo contrahentes deinde
discesserunt, L. 11 §. 6. *D. de contrah. emt.* Solebant etiam *instrumenta*
de arrhis conscribi, ne qua dubitatio superesset, & ut de certa voluntate
contrahentium constaret, L. 17. *C. de fid. instrument.*

Eodem consilio *sponsalibus arrhae* sponsalitia adhibebantur. *Arrha*
enim dicitur, quod *ipso die sponsaliorum* sponso aut sponsae datur, consen-
sus mutui significandi causa. Etiam ille, qui officium in prouincia admi-
nistrat, ideoque prouincialem mulierem, non quidem ducere, sponsam ta-
men habere potest, dicitur *arrhas accipere* aut restituere L. 38. *D. de ritu*
nupt. ut intelligatur, maxime in *sponsalibus arrhas*, ut pignora, interuenisse.
LEO & ANTHEMIVS imperatores *arrhas* sponsalitias pro ipsis sponsalibus
appellauerunt L. 16. *C. de episcop. audient.* quae enim post sponsalia fiunt,
post arrhas sponsalitias fieri dicuntur, d. L. 16. *C. de episc. audient.* Mos
ab antiquissimis temporibus profectus etiam nunc durat, ut sponsalia *arrha-*
rum luculentissimo indicio probentur. Pontifices mulierem quae sponsalia
celebrauit, a sponso *subarrhatam* esse dicunt c. 10. *X. de sentent. & re iu-*
dicat. c. fin. X. de desponsat. impuber. Nostri den *Mahlchaz* appellant,
hoc est, munus, quod in signum perfecti consensus datur. Germani enim
Mahl appellant signum, quod finium indicandorum aut memoriae seruandae
caussa constitutum, hinc *Mahlstein* ^q), *Mahlbaum* ^r), *Mahlhauf* ⁿ, *Mahl-*
statt ^s), ein vermählter Acker, vsu sermonis frequentantur. Forsitan ipsae
voces, vermählen, Vermählung, Gemahlin, quibus in causa nuptiarum
vtimur, a voce *Mahl*, i. e. *signo*, quo fides sponsaliorum confirmata est,
descendunt. Ut vero appareat, Germanos imprimis arrhas eodem animo,
quo

ⁿ) PLINIUS hist. natur. Lib. XXXIII. c. 2. ^o) A. GELLIUS in noët. attic.
Lib. XVII. c. 2. ^p) vid. NIC. HIERON. GYNDLING. diss. de emtione
vuxorum §. 16. ^q) vid. PAVLL. MATTHIAS WEHNER in obseruat.
pract. sub voce: Gränge. ^r) CHRISTOPH. BESOLDVS in Thesaur. Pract.
sub voce: Mahl. ^s) IOAN. GRYPHIANDER de Wechbild. Saxon.
c. 65. n. 9.

quo in emtionibus arrhae dari solent, sponsalibus adhibuisse, admonendum est, veteres arrhas sponsalicias nonnunquam den *leykauf*, usitata in emtionibus voce, nominasse, quasi sponsa emtionis iure sponso acquisita videretur. Certe in reformatione Decanatus Bambergensis Anno 1463. promulgata Art. 40. sponus & sponsa *arrhis*, durch den *leykauf*, dicuntur inter se obstringi: daß der Official und geistliche Richter, in caussis matrimonialibus, den *leykauf* oder *arrham* für sich nehme &c.

Nemo igitur facile habebit, cur dubitet, quin arrhae a Germanis, maxime in sponsalibus solemnibus, ut in emtionibus, quasi *signum perfecti consensus* nuptialis a sponso & sponsa inuicem exhibeantur. Sed apud Romanos quidem maior erat licentia a sponsalibus subinde discedendi. DIOCLETIANVS enim atque MAXIMIANVS mulieri sponsae, seu alii desponsatae, permiserunt renunciare interdum conditioni & alii nubere. L. 1. C. de sponsal. & arrhis. GAIVS etiam observat, sponsam nonnunquam sponsalibus hac formula renunciasse: *conditione tua non vtor* L. 2. §. 2. D. de diuort. & repud. Igitur, quamvis arrhae in sponsalibus datae essent, tamen sponso & sponsae, ut in emtionibus, quae nondum prorsus perfectae erant, integrum fuit poenitere & discedere a sponsione, quum in contrahendis nuptiis libera debeat potestas esse L. 5. C. de sponsal. Quapropter qui post arrhas datas vellet discedere, duplum arrhae, quam acceperat, ut in emtionibus imperfectis, restituere debebat, nisi *noua causa* renunciationis, quam contrahentes antea ignorauerant, interuenisset. Tunc enim cessabat quidem poena, sed arrha tamen, quam sponsa acceperat, sponso reddebatur. d. L. 5. C. de sponsal. & arrhis, & L. 16. C. de episc. audient.

Illud expeditum est, semper restituendas fuisse arrhas, si nuptiae non secutae essent. Immo vero, si *absque ullius culpa*, solo casu fortuito, nuptiae impedirentur, imprimis, si alterutrius morte spes matrimonii interciperetur, placuit, simpliciter arrhas restitui, nisi persona defuncta suo facto matrimonium impediuerit, adeoque heredibus suis ademerit arrhae repetitionem L. 3. C. de sponsal. Nihil aut luculentius aut iustius potuit constitui. Quamvis enim arrharum datio sit species aliqua *donationis*, tamen non *pura* est donatio, sed talis, quae sub conditione, si nuptiae secutae non fuerint, reuocatur. Ita IULIANVS rem interpretatus est L. 1. D. de donat. Nemo enim dubitat, *hac mente* arrham donari, ut *spes nuptiarum* confirmetur, quibus non sequuris, necesse est, illam sponso, qui eam donauit, restitui, quum donatio *sub conditione* resoluitur. Profecto sponus non *hoc animo* arrham dedit sponsae, ut sponsae heredibus, sibi forte ignotis, aut certe nullo vinculo coniunctis, illo dono prospiceret, sed *de matrimonio futuro cogitauit*. Omnes, qui sapiunt, dum donant liberaliter, non quidem di-

recte & simpliciter id agunt, ut donata, vel loco illorum aliud quid, recipiant, sed nolunt tamen *perdere* illa, quae ob causam futuram donauerunt. Hoc *SENECA* diligenter observauit ¹⁾. Neque tamen prorsus omnes interpretes hodie consentiunt, quod arrha restituenda sit a sponsae defunctae heredibus, si nuptiae *illius morte*, sine ullius culpa, sola fati inclementia prohibeantur. Res erit luculentior ex specie, quae haud ita pridem *ICris Vittebergensibus* proponebatur. Iuuenis pauper opulentioris adolescentulae nuptias petierat. Impetrato omnium, quorum interest, consensu, ipso die sponsaliorum omnia, quae de demenso suo comparserat & quae ex hereditate paterna ad ipsum peruenerant, inprimis omnia instrumenta argentea, quae ad mundum muliebrem pertinebant, comportauerat, & arrhae sponsalitiae nomine donauerat sponsae suae. Haec, arrha accepta, paucis diebus interiectis, diem obierat supremum. Miser ille, haud ita pridem sponsus, nunc quasi viduus, atque, ut fieri solet, luctu mirifice commotus, etiam ad paupertatem se redactum sentiebat. Igitur repetebat arrham a sponsae heredibus & inuocabat fidem *L. 3. C. de spons. & arrhis*, quae arrhas, sponsaliorum nomine datas, si sponsa interea decesserit, abscisse iubet restitui. Apparebat, non solum civili iure, sed etiam naturali ratione hominem miserum defendi, quum res ipsa loqueretur, sponsum *spe matrimonii*, exhaustis facultatibus, omnia, quae corradere potuerat, in manus sponsae contulisse, ut fidem inuicem datam probaret, & ipse feliciore matrimonio in posterum frueretur, non vero hac mente, ut ipse egeret, & sponsae heredibus, consumio suo patrimonio, consuleret, sine spe gratiae & mutuae utilitatis. Haec res mouit *ICros Vittembergenses*, ut *Mense Nouembr. anno 1701* ad consultationem praefecti dulanii, vnanimi consensu heredes sponsae condemnarent, ad arrham sponsalitiā restituendam. Iuabit, ipsa verba sententiae adscribere. Daß Kläger die Gewehr der Klage zur Nothdurft angelobet, hingegen mit dem geforderten Vorstande, der Widerklage und Unkosten halber, in Ansehung seiner bengebrachten Unsäsigkeit, zu verschonen. Dieweil hiernächst Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und deren Grundes geständig, so ist er, nach klarer Disposition des *L. 3. C. de sponsal* den libellirten Nachschuß, an einem angehörten Doppel-Ducaten, einem dergleichen einfachen Ducaten, einem angehörten species Thaler, 2. unangehörten species Thalern, einem vierköpfigen 8 Gr. Stücke, einem silbernen stark übergoldeten Ringe, mit Klägers darauf gestochenen Namen, 2 doppelten silbernen Hemden-Knöpfen von durchbrochener Arbeit, einer silbernen Hemden-Schnalle, güldenem Tressen, weißen Spitzen, Cattun, Schleier, Tuche, Silber-Bande, Strümpfen und Pantoffeln, Klägern wieder auszuantworten, oder, in so weit solche Stücke nicht mehr vorhanden, den Werth dafür, wie solchen Kläger, in Entstehung

¹⁾ *SENECA* de vita beata c. 24.

eines gültlichen Vergleiches darüber, eidlich zu bestärken vermag, demselben zu bezahlen schuldig. Nachdem auch Kläger das ihm zugeschnittene Hemde und den Trauer-Flohr, Beklagtem zurück zu geben sich erbothen; so hat es dabei sein Bewenden, und ist er diesem seinem Erbiethen gebührend nachzukommen verbunden. Die von beyden Theilen auf diesen Proceß gewandten Unkosten aber, sind aus bewegenden Ursachen zu compensiren. B. N. W. Heredes praedae & lucro inbianres, interposita leuatione, impetrabant, vt ipsi, actore repulso, arrhis retentis, absoluerentur. Mouebat enim contrariae sententiae auctores, quod *hodierno iure* arrharum data vim *simplicis donationis* habere videretur, deinde, quod *Lex tertia C. de spons. & arrhis* ad sponsalia *de futuro* duntaxat pertineret, extremo, quod *moribus* abrogata esset doctrina de arrhae sponsalitia restitutione. Audiamus sententiam Ictorum dissidentium, qui in eadem causa, *Mense Octobr. 1751.* responderunt: Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Beklagters Principal den libellirten Wahl-Schlag, Klägern wieder auszuantworten, oder in so weit solche Stücke nicht mehr vorhanden, den Werth dafür, wie solchen Kläger, in Entstehung eines gültlichen Vergleiches darüber, eidlich zu bestärken vermag, demselben zu bezahlen nicht schuldig, sondern es hat Klägers Suchen nicht statt. B. N. W. Actor, quum spem prosperi euentus ex lege luculenta concepisset, ipse etiam, leuatione interposita, rem denuo tentabat, ne cum luctu etiam ad paupertatem reduceretur. Igitur res ad Scabinos Vittembergenses delata est, qui nihil inuenerunt, quo minus *L. tertiae C. de sponsal.* obsequerentur: quapropter, reformata proxima sententia, anno sequente Ordini iuridico Vittembergensi, qui heredes ad arrham restituendam condemnauerat, adstipulati sunt, vt arrha sponso a sponsae mortuae heredibus omnino redderetur. Neque enim satis certum erat, moribus *L. 3. C. de spons. & arrhis* in Germania abrogatam esse, quum intelligeretur, omni tere tempore Iureconsultos de hoc argumento inter sese dissensisse &, quasi discessionem facta, in diuersas partes abiisse. ERNESTVS TENZELIVS, Iuriconsultus Erfordiensis, eundem dissensum iam olim obseruauit ^{u)}. Ait enim, in causa non absimili, quae in Consistorio Lipsiensi ventilata sit, ita iudicatum: Daß Klägers Suchen, weil die zurückgeforderten Sachen theils bona fide consumiret, die reciproce beschene Schenkung durch des Bräutigams zuerst, und hernach der Braut erfolgten Tod bekräftiget, und durch diesen, nicht aber durch ein ungebührliches Factum derer Beklagten Tochter, die Ehe Vollziehung hintertrieben worden, nicht statt hat. B. N. W. Sed, interposita leuatione, priorem sententiam reformatam & heredes condemnatos esse, ideoque Ictos Vittembergenses has rationes dissensus sui adduxisse: Wann gleich in gegenwärtigem Falle, die Ehe nicht

^{u)} ERNEST. TENZEL. diss. de restitutione arrhae & sponsalitia largitatis morte sponsi vel sponsae interueniente an. 1730. habita p. 20. 19

propter culpam vel moram sponsae accipientis unterblieben, sondern deren Vollziehung bloß und alleine durch des Sponsi frühzeitiges Absterben verhindert worden; hiernächst bekannt, quod conditioni, *caussa data, caussa non secuta*, locus non relinquatur, quandoquidem accipiens per casum fortuitum, e. g. mortem, in implendo impeditus fuerit *L. 5. pr. D. de condict. causs. dat. L. 10. C. de Condict. ob causs. dat. ibique Brunnem. in Comment. ad Cod. Carpz. P. II. C. 35. D. 24. n. 17.* Dennoch aber und dieweil die Rechte klärlich verordnen, quod arrhae sponsaliorum nomine datae, si interea sponsus vel sponsa decesserit, restitui debeant *L. 3. C. de sponsal. ibique Brunnem. in Comment. ad Cod. n. 1. Dn. de Berger oecon. iur. p. 105. n. 1.* siquidem etiam sponsa, dummodo sponsus eam tempore sponsaliorum osculatus sit, quod in dubio praesumendum, post mortem sponsi duntaxat dimidiam partem sponsalitiaie largitatis lucratur, ad alteram vero dimidiam sponsi heredibus restituendam obstringitur *L. 16. C. de Donat. ante nupt. ibique Gothofredus lit. G. & Brunnem. in Comment. Not. 1. ac Perez. n. 13. ad L. 6. pr. D. de condict. causs. dat. &c.* Im übrigen wenn eine Sache in natura nicht restituirt werden kann, deren rechter Werth dafür zu entrichten, *vid. Moeller semestr. L. 2. C. 42 n. 3. Barbosa & Faber Loc. comm. L. 1. c. 42.* so erscheinet allenthalben so viel, daß des verstorbenen Sponsi Vater und heres ab intestato von dessen Braut und deren Eltern dasjenige, was die Braut von dem Sohne zur arrha sponsalitia erhalten, wie auch die Hälfte von der sponsalitia largitate, zurück zu fordern befugt, und ihm solches vermittelst einer eidlichen Specification, entweder in natura wieder auszuantworten, oder der rechte Werth dafür zu bezahlen. *B. N. W.* Operae pretium fuerit, si de illa caussa diligentius tradamus.

§. IV.

Arrhae dario non est simplex donatio sed sub conditione soluitur. Donatio ex animo donantis iudicanda.

Optime IULIANVS ait, in donationibus maxime spectandum esse, qua mente aliquid fuerit donatum, inprimis si sponsus sponsae donauerit, inquirendum esse, vtrum hoc animo sponsus dederit, vt res confestim sponsae fiat & nunquam ad ipsum reuertatur, an potius hoc consilio, vt, nuptiis non secutis, res sponsae auferatur *L. 1. pr. & ff. 1. D. de donat.* Mentem igitur donantis maxime spectamus. Sed haec quum ex coniecturis intelligenda sit, nemo dubitabit, quin nuptiarum cogitatione arrha sponsae sit donata. Arrha enim, vt diximus, est signum certi & plenissimi consensus. Sed haec signa desinunt esse signa consensus, si res ipsa, in quam consensus, existere non possit, neque opus est probatione consensus per arrhas sponsalitias, si nuptiae, in quas consensus, sine nostra culpa, morte mulieris, impediuntur. Certe in emtione, si annulus datus fuerit consensus probandi caussa, deinde vero irrita fiat venditio, IULIANVS ait, annulum reddendum esse, quasi finita caussa, propter quam datus erat; ne sine caussa ven-

ven-

venditori relinquatur *L. 11. §. 6. D. de act. emt.* Enim vero ne quidem proprie donatio dicitur, si quis ea mente donat, ut tunc demum, quando aliquid factum fuerit, res accipientis fiat, aut si donator voluerit, rem ad se reuerti, si aliquid non factum fuerit, quod IULIANVS ait, *L. 1. pr. D. de donat.* Generaliter VLP IANVS stipulationem, quae ob causam fiat, non proprie donationem esse iudicat *L. 19. §. 5. D. de donat.* Res ipsa ostendit, non hac mente donatam esse arrham, ut donator heredibus sponsae praestet beneficium, sed sponsum sponsae viuae indicium certae voluntatis dare voluisse, ut sponsa de illo gaudeat, neque dubitet de prospero euentu. Haec spes vero quum, muliere defuncta, extinguatur, finitur causa, propter quam arrha liberaliter donata est. Luculenter idem, quem antea laudavi, IULIANVS, inspiciendum esse, ait, in donationibus, quae ob causam fiunt, utrum non daturus fuissim, si sciuissem, quod causa vel falsa sit, vel certe non sit exitura. Si hoc non appareat, illud, quod ob causam futuram donatum est, magis sub conditione donatum videtur, ut valeat demum donatio, quando causa, ob quam aliquid datum est, existat, *L. 2. §. 7. D. de donat.* Sed sponus, ut antea comprobauimus, non daturus fuisset arrham sponsae, si sciuisset, nuptias non secuturas esse. Ideoque ausim affirmare, sub conditione resolutiva, quam dicunt, datam esse arrham, ut, si nuptiae non sequantur, res sponsae auferatur.

§. V.

Odiosae quidem sunt conditiones, imprimis in donationibus, quae ex liberalitate & amore debebant proficisci. Qui enim sub conditione amat, non vere amat, sed sicut amoris facit, si conditio existat. Plerumque illa, quae sub conditione data sunt, hamata & viscosa beneficia videntur, seu insidiae magis, quam munera, ut PLINIVS x), SENECA y), & MARTIALIS z), rem interpretantur, maxime, quum quis donat utilitatis suae causa, quasi recepturus. Hoc adduxit VLP IANVM, ut crederet, etiam in ultimis voluntatibus, conditionis adiectionem non praesumi, sed euentissimis probationibus ostendendum esse, quod testator non, nisi sub conditione, voluerit legare, *L. 2. pr. D. de condit. institut.* Etiam in heredibus eligendis praefertur institutio, quae pura est & nulla conditione circumscripta, quoniam illa benignior & plenior videtur. *L. 67. D. de hered. instituend. L. 27. §. 1. D. eod.* Ne quis hoc credat ad sola testamenta pertinere, DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, nec non VALERIANVS cum GALIENO praeceperunt, etiam in donationibus conditionem stipulatione luculenta adiiciendam, vel alia ratione docendum esse, quam legem

x) PLINIVS Lib IX ep. 30. y) SENECA epist. 8. z) MARTIALIS l. b. IV. epigr. 56. Qui potius insidias dona vocare tuas. idem Lib. VI. epigr. 63. Munera magna dedit, sed munera misit in hamo.

gem donator rei suae dixerit & qua lege dona transfulerit in accipientem. *L. 9. C. de donat. & L. 1. C. de donat. quae sub modo.*

Est hoc aliquid, fateor. Sed opportune occurrit *ULPIANVS*, qui in liberalitatis interpretatione, inprimis in *conditionibus* maxime *voluntatem dantis* spectandam esse, ait, quum *voluntas* illa regat & efficiat *conditionem* *L. 19. pr. D. de condit. & demonstr.* Donationes enim inprimis ita explicandae sunt, ut inquiratur, *qua mente* sit donatum *L. 1. D. de donat.* quum quilibet rei suae *legem*, quam velit, in donationibus dicere & suo arbitrio illam transferre possit. *L. 21. C. mandat. L. 9. C. de donat. & L. 1. C. de donat. quae sub modo.* Sponsus inprimis sponsae semper, dum liberalis est, blanditur, ideoque non opus est, ut *verbis expressis conditionem* adiciat, quae ex ipsa *natura negotii* satis elucescit. Sponsus enim, qui dat *arrham*, *probandi* consensus sponsaliti gratia, propter solam *spem nuptiarum* donat, ideoque non habet, cur, contra formulam blanditiarum, adiciat, se donationem reuocaturum esse, si nuptiarum consilium morte alterutrius fuerit peruersum.

Ponamus igitur, quod res ipsa loquitur, *sola spe* matrimonii arrham dari. Nihilominus nobis grauer obstat *CELSVS*, qui negat, *solam spem*, qua quis aliquid donauit, sufficere, ut donatio, si spes illa non adimpleatur, reuocari possit. Ait enim, illum, qui ea spe donauit, ut amicio rem haberet istum, cui dedit, donata repetere non posse, quamuis opinione falsa sit *deceptus*. *L. 3. ff. 7. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Ataque videri posset, sponsum quidem arrham non recte repetere, quamuis *sperauerit* nuptias, quum arrham daret.

Verum enim vero *CELSVS* intelligendus est, vel de spe quadam *turpi*, vel certe de spe *non probabili* & singulari, quam donator *solo animo* concepit & retinuit, ut ne quidem coniectura quadam accipiens suspicari potuerit, alterum, cogitatione *spei* futurae, donauisse. Tunc enim donator secum conqueri debet & sibi imputare, quod non luculenter dixerit, se, propter *causam futuram* & *sub conditione* aliqua, donare. Aliter vero iudicandum est de donationibus, in quibus ex *qualitate rei* donatae, ex tempore & occasione, ex fine negotii principalis, luculentissime intelligitur, quod non simpliciter, sed ob *causam futuram*, & *cum conditione*, aliquid donetur.

Nimirum quaedam *conditiones tacite* infunt negotiis, etiam si verbis non expressae, modo ex ipsa natura rei gestae intelligatur, rem ob *causam futuram* & *sub conditione* dari. Hoc iure etiam in *dotibus* utimur. *Do-*cente enim *ULPIANO*, stipulationes, quae ob *causam dotis* sunt, in se *conditionem habent*: si nuptiae fuerint secutae *L. 21. D. de iure dot.* ideoque dos repeti potest, si matrimonium impediatur. Dabitur certe mulieri *re-*titio,

titio, quamvis ante matrimonium dotem dederit & pacta sit, ut dos statim accipientis fiat. Misso enim nuncio & sponsalibus solutis, conditio tacita matrimonii futuri videtur defecisse, *dict. L. 21. D. de iure dot.* Imo vero si extraneus sponso aliquid dederit *ob matrimonium* mulieris, habebit repetitionem, si nuptiae non sequantur, quamvis *expressis verbis* in hunc casum donator sibi non prospexerit. *L. 6. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, apparet, *arrham*, quae *ob matrimonium* datur, perinde ut dotem, *sub tacita conditione* dari, si nuptiae sequantur, cum tota solennitas sponsaliorum *ob futurum matrimonium* celebretur, ut ne quidem opus sit verbis in re manifesta. Rectissime vero IUSTINIANVS ait, reuocandam esse donationem, si *conuentio* seu *conditio* donationi adiecta ab accipiente non adimpleatur. Tristissimum enim esse censet, si quis res donantis capiat, citra voluntatem donatoris, aut irrideat alterius frugalitatem, *L. 10. C. de reuocand. donat.* Quae quum ita sint, non permittendum est, ut heredes sponsae defunctae dona sponsi retineant & donatorem derideant, spe matrimonii deceptum. Quamvis enim sponsus non *expresse* donauerit quasi recepturus, tamen, docente SENECA ^{a)} non creditur donasse, *quasi perditurus*. Sed *perdere* videtur beneficium, cui res donata non restituitur, etiamsi causa matrimonii, propter quam arrha sponsalicia a sponso data est, sponsa defuncta, non sequatur.

§. VI.

Accepisti, donationibus, quae ipso die sponsaliorum fiunt, inesse *tacitam conditionem*, si nuptiae sequantur, ideoque arrham recte a sponso repeti, si sponsa decesserit ante diem nuptiarum. Sed video, quid te pungat. Ais, *funestam esse mortis* commemorationem & mali ominis videri, ideoque illam conditionem non conuenire nuptiarum consilio, in quo de *vitalis* totius confortio & de *vita* ad feros nepotes propaganda cogitamus. Certe inter illa gaudia spes diuturnae iucunditatis *bona verba* desiderat, & pleraque pleno affectu & facilitate tenerrima administrantur. Ab his negotiis videtur aliena esse *mortis cogitatio* & conditio funesta, ut *arrha* restituatur superstiti, altero mortuo, priusquam nuptiae sequantur.

Funestae conditiones non praesumuntur nisi ipsa natura negotii talem conditionem comprehendat.

Meretur haec dubitatio, ut diluatur. Generaliter enim, quae contra *votum commune* accidere possunt, ne commemorari quidem a contrahentibus, aut illis in mentem venire debent. Ita non possumus pacisci, ut res sacra nobis acquiratur, si aliquando profana esse coeperit, quum haec talia nec optare, nec cogitare debeamus *§. 2. I. de inutil. Stipulat.* Ita parentes

^{a)} SENECA de vita beata c. 24.

tes non facile cogitant de liberorum hereditate acquirenda, quum *commun* voto parentum hoc repugnet, vt, turbato ordine mortalitatis, liberorum hereditas ad parentes reuertatur. *L. 15. pr. D. de inoff. test. L. 7 §. 1. D. si tabulae testam. null. ext. L. 50. §. 2. in fin. de bon. libert.*

Ex his forte caussis credi posset, *funestam* mortis conditionem non praesumi, nec tacite inesse in arrhae sponsalitiaie donatione. Verum enim vero, quamuis non facile praesumamus, de funesta conditione inter gaudia cogitatum esse, tamen aliud dicendum est, si *ipsa natura negotii* contineat *mortis* commemorationem. In sponsalibus promittitur *aeternum consortium*, quod non, nisi *morte*, debeat dissolui. Haec igitur sponsalia sponso & sponsae inculcant *mortis* cogitationem, vt non possit non sponsus animo praevidere, quod

linquenda tellus & domus & placens

Vxor b),

ideoque sponsus inuitus adducitur, vt cogitet de morte coniugis futurae. CORNELIVS TACITVS auctor est, in quibusdam ciuitatibus Germaniae receptum fuisse, vt *virgines* tantum nubarent, *viduae* autem spe secundi matrimonii penitus excluderentur, ideoque in sponsalibus cum vxore de spe & voto eius & tota vita *semel* transactum esse, ne sponsa, mortuo marito, spem nuptiarum concipere, aut de matrimonio futuro cogitare posset c). Haec igitur pacta etiam inuitis iniiciunt *necessariam mortis* cogitationem. Quomodo enim de vitae *totius* societate, quae non, nisi *morte*, dissolui debet, conuenire posset inter coniuges, sine mortis cogitatione? Itaque sponsus, qui arrham donat, propter *totius vitae consortium*, vi oppositorum, hac lege donat, vt si nuptiae *morte* alterutrius impeditae fuerint, quasi causa non secuta & finita, arrhae restituantur donatori. Eodem enim modo, vt antea diximus, sponsa interdum ante nuptias sponso dotem affert, propter futurum matrimonium, hac tacita conditione, vt, nuptiis non secutis, dos restituatur, *L. 21. D. de iure dot.* Vt rem paucis comprehendam, ad officium hominis frugi pertinet, vt etiam tristitia illa & funesta, quae *saepius accidere* solent, prospiciat & animo contempletur in negotiis gerendis. Quapropter credi potest, sponsum in arrhae datione de *morte* coniugis futurae cogitasse, ideoque voluisse, vt restituatur arrha, si nuptiae, propter sponsae mortem, non fuerint secutae.

§. VII.

Igitur non simpliciter donat sponsus, qui arrham die sponsaliorum sponsae tradit, matrimonii futuri cogitatione. Recte enim IULIANVS ob-

Lex. III. cod. de sponsalibus non tantum pertinet ad sponsalia de futuro sed

b) HORATIVVS Carm. Lib. II. od. XIV. v. 21, 22. Mor. Germ. c. 19. circa finem,

c) CORNEL. TACIT. de

obseruat, illum, qui ob causam futuram donat, ut res, si aliquid secutum non fuerit, ad ipsum reuertatur, non donare, sed totum hoc negotium *resolui sub conditione, L. 1. pr. D. de donat.* Sed video, hoc non omnibus placere. CARPZOVIVS ^{d)} enim, & qui illum sequuntur, multi atque magni nominis Iureconsulti negant, arrhas, in sponsalibus *de praesenti* datas, restituendas esse, quamuis sponsa, ante consummationem matrimonii, diem obierit supremum. Aiunt enim, *Legem III. C. de sponsalibus*, quam in fronte dissertationis proposuimus, duntaxat ad sponsalia *de futuro* pertinere: sed hodie, arbitrantur, sponsum sponsae, ipso die sponsaliorum, confertis manibus, *consensu perfecto*, per *verba de praesenti* concepta, fidem obligare, hinc *arrham* hodie, non obstante *Lege III. Cod. de sponsalibus, simplicis donationis* iure heredibus sponsae, ante nuptias defunctae, relinquendam esse. Verum enim vero haec me non mouent, ut legem luculentam Imperatorum deseram atque a sententia discedam. Romani ignorauerunt subtile illud, inter sponsalia *de praesenti et de futuro*, discrimen, quod Pontifices excogitarunt, *c. 22. et 31. X. de sponsal.* Omnia sponsalia, quamuis sponsum et sponsa perfecte consentiant, propter matrimonium futurum contrahuntur. Itaque *imaginarium* est illud discrimen, quod inter sponsalia *de praesenti et de futuro* intercedere fingitur. Nisi forte aliquis sponsalia illorum, qui *non perfecte* consentiunt, ut impuberum, velit sponsalia *de futuro* appellare. Huic enim non quidem vehementer resisto ^{e)}. Sed haec imperfecta sponsalia potius plane non sunt sponsalia, quum sponsiones certum & deliberatum consensum postulare videantur. *Vera sponsalia* causam futuram respiciunt, sed consensu perfecto, quo nuptiae futurae promittuntur. Ipse CARPZOVIVS agnouit sponsum & sponsam, etiam post sponsalia *de praesenti*, nondum *iure coniugum* censer, donec benedictio sacerdotalis & consensio thalami sequatur ^{f)}. Ex quo apparet, in sponsalibus etiam hodie *futurum* aliquem euentum respici, & in *futurum* tempus, quamuis proximum, consummationem matrimonii promitti. ULPIANVS quidem *L. 6. D. de sponsal.* sponsalia *spem nuptiarum* appellauit ^{g)}. Sed etiam hodie sponsalia, quamquam verbis *de praesenti* contracta sint, solam *spem* nuptiarum & matrimonii postea consummandi, certam & consensu perfecto confirmatam continent. Igitur, si *vera* sponsalia cogites, nihil discriminis inter sponsalia *de praesenti* & *de futuro* interest, quum omnia sponsalia pura & perfecto consensu inita possint sponsalia *de praesenti* & *de futuro*

C 2

^{d)} CARPZOV. Part. III. Const. XIX. def. 13. no. 10. p. 200. Mencken in Tract. Synoptica Pandect. ad Lib. XXIII. Tit. 1. p. 340. Hahn in obseruat. ad Wesenbec. Lib. XXIII. Tit. 1. de sponsal. n. 5. Tom. II. p. 176. & alii quam plurimi.
^{e)} vid. ZIEGL. & THOMAS. ad Lancel. Lib. II. Tit. X. p. 791. De Berg. Oecon. iur. Lib. I. Tit. III. th. 4. ^{f)} CARPZOV. Part. III. Const. XIX. Def. 13. no. 13. ^{g)} vid. ALB. GENTILIS Lib. II. cap. 21. de nuptiis.

raro appellari. Quis igitur diceret, *Legem III. C. de sponsal.* qua arrhae sponsalitia post mortem sponsae restitui iubentur, ad sola sponsalia *de futuro* pertinere? Nihilominus enim arrhae post mortem sponsae ab heredibus restituendae sunt, quum omnia sponsalia ad incertum euentum matrimonii *futuri*, quod multis casibus impediri potest, referantur.

Neque nos perturbat, quod Romani poenitentiae interdum locum dederunt, etiam post sponsalia, *L. i. C. de sponsal.* quum hodie contra, post sponsalia *perfecta*, sine iusta causa, sponso non permittamus, ut deserat fidem datam & sponsalia rescindat. CARPZOVIVS quidem, hac de causa, arrhae dationem pro *simplici donatione* habendam esse, iudicat, quia pura sponsalia & publica hodie perfectam obligationem pariunt, nec poenitentiae iniustae locum relinquunt *b)*. *Arrha* enim, ut supra comprobauimus, etiam negotiis *perfectis*, maxime vero emtionibus, *probationis* tantum gratia, accedit, *L. 35. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Sed nihilominus, si postea irrita fiat emtio, sine culpa contrahentium, arrha restituenda est, & recte repetitur actione ex contractu, *L. ii. §. 6. D. de action. emt.*

Ex hoc loco apparet luculenter, quod arrha, in *signum perfecti* negotii tradita, non *simpliciter donata* videatur, sed, negotio, propter quod datum est, finito, aut infirmato, restituenda sit, *quasi causa non secuta aut finita*. Immo vero in emtione, cuius *probandae* gratia annulus arrhae loco datus est, annulus repetitur, si emtor & venditor obligationem suam impleuerint; quia, post emtionem impletam, arrha *sine causa* a venditore retinetur. *d. L. ii. §. 6.* Haec species manifesto indicio comprobatur, *arrham*, quae negotio *perfecto* accedit, ab accipiente non acquiri iure *simplicis donationis*, sed restitui debere. Itaque non possum assentiri CARPZOVIO, qui arrhae dationem in sponsalibus ideo simplicem donationem esse censet, quia hodie sponsalia *de praesenti* consensu perfecto contrahantur. Arrhae enim perfectae etiam emtioni, probationis causa adiectae, nihilominus restituendae sunt, si negotium deinceps vel infirmetur, vel etiam a contrahentibus ex omni parte impleatur.

Ipse CARPZOVIVS alio loco *i)* non dissimulat, arrham esse *signum* matrimonii promissi & *complendi*, ut testes, qui viderint arrharum donationem, certiori indicio intelligant & affirmare possint, vero consensu sponsalia contracta esse. Sed non opus est *signo* perfecti consensus, si negotium postea casu fortuito, sponsa mortua, interuertatur. Quapropter dicemus, etiam hodie, quamuis a sponsalibus non facile liceat recedere, tamen arrhae dationem *non esse simplicem donationem*, sed, sponsa mortua, ab eius heredibus illam *sine causa* retineri, ideoque recte peti posse, ut arrha a sponsae heredibus restituatur.

§. VIII.

b) CARPZOV. loc. cit.

i) CARPZOV. iur. con. L. II. T. III. def § 1. n. 9. sq. p. 77.

§. VIII.

Vt quisque est ingeniosior, ita facilius inuenit alium atque alium colorem, quo sententiam, animo conceptam, in iudicio commendat. CARPZOVIVS quidem, quum nolit arrhas restitui, hanc donationem remuneratariam esse ait, ideoque arrham credit simpliciter donari, hoc animo, ut nunquam ad sponsum reuertatur. Quoniam enim non solum sponsus sponsae, sed etiam sponsa sponso, solemnii die sponsaliorum, arrham donat, visum est CARPZOVIO, mutuas donationes esse & arrhas utrimque remunerandi animo efficaciter donari. Nimirum etiam inter veros coniuges admittitur compensatio mutuae donationis. Diuus enim HADRIANVS constituit, si maritus uxori quinos aureos, uxor marito etiam quinos, donauerit, compensationem fieri donationum, L. 7. §. 2. D. de donat. inter vir. & uxor. Non multo secius VLPIANVS iudicauit de liberalitate mariti, qua aliquid in uxorem contulit, ut illa se & familiam commodius pasceret. Hanc enim donationem repeti non posse, ait, quia compensata sit alimentis ab uxore praestitis, quae ad onera mariti pertinebant. L. 21. §. 1. D. eod. vid. Const. Elector. Saxon. XIII. Part. II.

Arrhae datio non est donatio remuneratoria hinc arrha iuste repetitur a sponsae defunctae heredibus. Nat. ralis ratio commendat restitutionem arrhae neque moribus haec abrogata est.

Quum igitur remuneratoria donatio admittatur inter veros coniuges, qui inuicem simpliciter donare non possunt; multo magis dicendum videtur, subsistere donationem arrhae, quam sponsa pariter, donatione arrhae mutuae, in solemnii desponsatione, compensauit. Quum enim sponsa non minus soleat arrhas dare, videtur illa remuneratio, compensationis iure, in sponsalibus valere & non restituenda esse ab heredibus defunctae.

Verum enim vero non videtur esse remuneratio aut compensatio, quum arrhae mutuae a sponsa & sponso inuicem donantur. Primo enim neutra pars habet animum vere & simpliciter donandi, sed sponsus pariter, atque sponsa, arrhas dare solent, probationis causa, ut, serio utrosque consensisse, ex arrharum munere intelligatur. Igitur sponsus & sponsa quidem donant, sed non tam ex mera liberalitate, quam potius ob causam matrimonii futuri.

Secundo remuneratio inter coniuges tantum valet compensationis iure, d. L. 7. §. 2. & d. L. 21. §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor. Sed compensatio desiderat utrimque debitum eiusdem generis, ut obligationes mutuae tollantur. Hinc iura non permittunt, ut species cum specie diuersa compensetur, L. 4. C. de compensat. L. 18. pr. D. de pignorat. act. Hoc Diuus HADRIANVS agnouit, qui in L. 7. §. 2. D. de donat. inter vir. & uxor tunc demum compensationem donationum inter coniuges admisit, quum uxor marito, vel maritus uxori, quinos aureos, i. e. quantitatem pecuniae donassent, ut quantitas cum quantitate compensetur. Sed in sponsalibus

libus plerumque species quaedam, aut certa corpora, quae *affectionem* recipiunt, arrharum nomine, donantur, quarum nulla est inter se compensatio. Multo iulius igitur Imperatores praeceperunt, ut ipsa corpora arrharum cumbet, a quo profecta sunt, si nuptiae non secutae fuerint, restituantur, *L. 3. C. de sponsal. & arrhis.*

Tertio, in compensationibus debitum, quod utrinque *aequale* sit, desideramus, aut, quod vulgo dicunt, si virumque quantitas debita sit, ut compensatio fiat *ad summam concurrentem*, §. 30. *I. de action.* Plerumque autem sponsus plus donat, quam a sponsa in sponsalibus donatur, quod recte CONSTANTINVS observavit, *L. 16. C. de donat. ante nuptias.* Ipse DIIVS HADRIANVS tunc demum admisit *compensationem* inter coniuges, quum maritus uxori, uxor marito quinos aureos, h. e. aequalem pecuniae quantitatem donauissent, *L. 7. §. 2. D. de donat. inter vir. & uxor.* Ex quo apparet, non esse *iustam compensationem*, si sponsus & sponsa arrham retineant, atque ita, qui plus accepit, locupletior fiat cum damno innocentis.

Vides arrhae dationem, nec *remuneracionis*, nec *compensationis* iure, efficaciter, post mortem sponsae, retineri posse. Ne ue enim remuneratio est, quum arrhae utrimque, *probandi consensus* gratia, ob causam futuram dentur, neque compensatio admittitur, quum arrha plerumque sit species, aut quantitas inaequalis, quae cum alia specie aut summa maiore, nisi ad summam concurrentem, non potest compensari. Cur igitur deserimus iustissimam *Legem tertiam C. de sponsal.* quae arrhas utrimque restitui iubet, sponsa defuncta, ne pars altera fiat locupletior, arrhis inaequalibus retentis.

Sed ait CARPZOVIVS, *aequitatem* tamen suadere, ut ab hoc praeepto Imperatorum discedamus. Fateor, me non inuenire causam illius aequitatis, quum naturalis ratio, qua bonum & aequum aestimari debet, non patiatur, alterutram partem locupletiolem fieri cum damno innocentis. Qua fronte enim *heredes* sponsae arrham retinebunt, quum arrha non hoc animo a sponso data sit, ut ipse *heredibus* sponsae prospiceret, sed ut *sponsae viuae* seriam voluntatem matrimonii futuri proxime contrahendi, dato pignore, significaret. Imo vero tristissimum est, sponsum damno duplici mulctari, &, sponsa mortua, non solum luctu perturbari, sed etiam spoliari bonis, quae ad sponsam attulerat matrimonii communis causa. *Heredes* enim sponsae merum omnino *lucrum*, illudque duplex, caperent, si non solum hereditatem defunctae, sed etiam arrhas a sponso datas retinerent; quum, contra, sponsus, qui plerumque arrham pretii maioris dedit, luctu & damno non exiguo afficeretur. Sed expeditum est, magis fauendum esse illi, qui de *damno vitando* certet, quam isti, qui *lucrum captare* videatur, *L. 11. §. 6. & L. 34. pr. D. de minor. XXV. ann.* Certe dignissimus est
misc-

miseratione sponsus, qui in aestu & fervore amoris non semper cogitat de modulo patrimonii, & facile arrham pinguiorem donat spe communis utilitatis in matrimonio futuro. Igitur aequitas omnino postulat, ut sponso liberali succurramus.

Quum omnia alia deficient, moribus hodie abrogatam esse Legem III. C. de sponsal. contendunt. Non satis luculentum est, quos mores intelligent CARPZOVIVS & ceteri Icti, qui illum in hac controuersia sequuntur. Si bonos mores intelligunt, h. e. simplicitatem naturae & aequitatem, quam Germani moribus suis maxime sectati sunt ^{k)}, prorsus a CARPZOVIO discedo. Vox naturae & simplicitas iuris gentium, a Germanis frequentata, praecipit, ut, quae ob causam futuram data sunt, restituantur causa non secuta.

Forte igitur intelligendus est CARPZOVIVS de consuetudine quadam aut obseruantia, Iureconsultorum sententiis inuecta. Sed primo obseruantia Iureconsultorum non potest legem iustam & aequissimam abrogare ^{l)}. CALLISTRATVS quidem, inspiciendum esse, ait, quo iure ciuitas retro in eiusmodi casibus vsa sit, sed tunc demum, si de interpretatione legis quaeritur, L. 37. D. de legibus. Non vero iudicantibus permittit, ut leges iustissimas abrogent, quas defendere & quibus obsequi debebant.

Secundo, obseruantia iureconsultorum allegari non potest, nisi consensus quidam plurimorum aut omnium probetur. Sed supra obseruauimus, quum de arrhis post mortem sponsae restituendis quaesitum fuerit, Iureconsultos, quasi diuisis studiis, in sententias diuersas discessisse ^{m)}. In tanta varietate sententiarum, inter se pugnantium, ad certam obseruantiam aut consuetudinem non tuto prouocatur. Consuetudo ex consensu vtentium & vsu diuturno aestimatur ff. 11. I. de iur. nat. gent. Sed, quis probauerit, sponso plerumque, sponsa mortua, heredibus sponsae arrham reliquisse, quum tot controuersiae, a sponso hac de causa motae, luculento indicio ostendant, moribus vtentium legem iustissimam, ad quam toties a sponso prouocatur, non esse abrogatam.

§. IX.

Satis, credo, comprobauimus, neque vocem naturae aut aequitatem, Arrha non neque mores Germanorum iustissimae Legi III. C. de sponsal. aduersari, est pretium
neque emtionis.

Germani desiderunt uxores emere.

k) TACIT. de Morib. Germ. c. 19. in fin.

l) GRIBNER de obseruant colleg.

In iudic. in Opuscul. iur. publ. & priuat. Tom. IV. Sect. II. p. 43. m) Arrhas restitui iubent inter alios Ioann. Brunnem. ad L. 3. C. de sponsal. & arrhis. Lauterbach. in tract. de arrhis cap. VII. Sect. V. §. 141. seqq. pag. 93. Quirin. Schacher. in colleg. pract. Lib. XXIII. Tit. 1. p. 240. Ernest. Tenzel. in diss. de restitut. arrhae §. VI. & alii complures.

neque obseruantiam Ictorum quorundam impedimento esse, quo minus arrha, post mortem sponsae ante nuptias defunctae, repetatur. Sed posset alicui in mentem venire, *emtionis* speciem esse, quum quis uxorem sibi copulat solemnī sponſione. *Arrha* quibusdam videtur esse *pars pretii*, quo uxor acquiritur. Constat autem, *periculum* ad emtorem pertinere, si res emta *extincta* fuerit, sine culpa venditoris, neque *pretium restitui*, quamuis res emta casu fortuito sit intercepta, ut nequeat ad emtorem peruenire §. 3. I. de emtione vendit. L. 1. C. de pericul. & commod. rei vendit.

Igitur si *emimus* uxores, & arrham, tanquam *partem pretii*, soluimus, videtur arrha rep̄ri non posse, quamuis sponsa diem suum obierit, priusquam nuptiae consummarentur. ISIDORO enim visum est *arrham* esse *partem pretii*, quae pro re emta detur, ut pretium deinceps compleatur ⁿ). Germani das *Angeld* appellant. Itaque, si ISIDORO fides haberetur, *arrha* non auferenda, sed complenda esset, sponsa *emtitia* ante nuptias defuncta ^o).

Dignum videtur argumentum, quod diligentius excuriatur. Neque enim dissimulandum est, ad exemplum *emtionis* in sponsalibus arrhas dari, inprimis annulum, qui in emtionibus perfectis, ut consensus mutuus probari posset, arrhae nomine dabatur, L. II. §. 6. D. de action. emt. vendit. p). Multarum enim gentium consensu obtinuit, ut ritus emtionis in sponsaliorum solemnitate, imitatione quadam obseruarentur,

Nempe sibi generum Tethys emit omnibus undis q).

Forte illud in mentem venit OVIDIO NASONI, qui sponsae *emtionem* sponsi commendauit,

si te non emtam vellet, emendus erat r).

Inprimis femina, quia plerumque potestate aliena regebatur, *redimenda erat*, ut libere abduci posset ^s). Quis ignorat, Isaacum Rebeccam ^t), Sichemum Dinam ^u), sponsas, donis & pretio *emisse* ^x). Immo vero Lea Iacobum maritum a Rahele sorore donis & muneribus, quae a filio Rubene acceperat, redemit, ut ex illo foerum conciperet & prolis suae numerum augeret ^y). Non attingam Graecos ^z) & Romanos, apud quos nuptiae per coemtionem, ritu veteri, fiebant. L. 66. §. 1. D. de donat. inter vir.

ⁿ) ISIDOR. de origin. Lib. V. cap. XXX. sub voce: *arrha* ex edit. Gothofr. p. 932.

^o) ISIDOR. loc. cit.

^p) HEINECCIUS in element. iur. german. Lib. I.

tit. 9. §. 189. p. 144.

^q) VIRGIL. GEORG. Lib. I. v. 31.

^r) OVID.

Lib. I. amor. Eleg. VIII. v. 34.

^s) GUNDLING. de emtione vxorum §. 2.

p. 1. & 2.

^t) Genes. cap. XXIV. v. 53.

^u) Ibid cap. XXXIV. v. 12.

^x) vid. NICOL. HIERON. GUNDLING. de emtione vxor. §. III. p. 2.

^y) Genes. XXX. v. 16.

^z) AELIAN. variar. histor. Lib. IV. cap. 1. it. Peri-

zon. in commentar. ad Aelian. ibid.

& vxor ^{a)}. Mos etiam ad gentes reliquas prouectus, & si quibusdam auctoribus fides est, maxime ad illas, quae cum Romanis bella gesserunt & colonos ab ipsis receperunt. Thraces olim, si POMPONIO MELAE credimus, virgines formosas & probas vendebant sponis, nuptiarum causa. Reliquas mercede conducentibus locabant ^{b)}. Sed hi mores vetustate extincti sunt. Venio igitur ad tempora recentiora. Apud Wisigothos sponsae pretio a parentibus redimebantur ^{c)}. Magis attinet monere, apud Germanos olim maritum vxori, vxorem viro *munera* dedisse, quae si a cognatis, quasi *pretium emtionis*, probarentur, nuptiae hoc vinculo contractae & in perpetuum sancitae credebantur ^{d)}. Prisca lex Saxonum trecentis solidis vxorem a parentibus *emendam* esse, praecepit, vt solemni ritu in matrimonium acciperetur ^{e)}.

Vides, desponsationem vxorum non nihil commune habuisse cum *emtionibus*, quae *pretio* fiebant, & perfectae erant, quum primum de *pretio* & merce conuenisset. Faciamus igitur, sponsalia etiam hodie simulacrum & speciem aliquam emtionis continere. Nondum tamen tuto colligitur, arrham sponsae heredibus relinquendam esse, si illa ante nuptias decesserit, spe matrimonii delusa. Arrha enim, quae emtionibus accedit, non est *pars pretii* promissi. Fallitur ISIDORVS, quem antea adduxi, qui arrham dixit esse partem illius quantitatis, quae pro re emta sit promissa ^{f)}. Arrhae nomine in emtione plerumque *species* aliqua, in primis *annulus*, dabatur, quod supra ex *L. ii. §. 6. D. de act. emt.* a nobis comprobatum est. Sed *species* & *annulus* non sunt *pretium emtionis*, quum constet, emtionem pretium eminens seu *quantitatem* pecuniae desiderare. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS luculenter arrham a parte pretii distinguunt, & permittunt, vt aurum, quod *arrhae* loco datum est, contractu infirmato, repetatur, sed pretium emtionis exsolutum vix condici posse arbitrantur. *L. 2. C. quand. liceat ab emt.* Hoc discrimen quodammodo Saxones observant, vid. *Decis. Electoral. nouiss. XVI. de an. 1746*. Neque tamen dissimulo, interdum nummos aureos & argenteos aut alios subinde in emtionibus arrhae loco dari, & *nummos vulgares* postea, quum contractus adimpletur, compensationis iure, de pretio deduci, *L. ult. D. de leg. Commissor. g)*. Ceterum

^{a)} vid. CHRISTIAN. VLRICI GRYPEN libell. de vxor Rom c. V. p. 197. seq. vid. Cic. pro Flacco c. 34. & pro Muren. c. 12. Nonius Marcellin. in voce: *Nubentes* c. 12. in edit. Gothofredi pag. 783 seq. ^{b)} vid. POMPON. MELA, de situ orbis Lib. II. c. 2. ^{c)} vid. Leges Wisigothor. Lib. III. Tit. IV. n. 2. apud LINDENBR. in Cod. legum antiquar. p. 63. ^{d)} TACIT. de Morib. Germ. c. 18. ^{e)} Lex Saxon. c. VI. de coniugiis apud LINDENBROG. in Cod. LL. antiq. p. 476. ^{f)} ISIDOR. de orig. Lib. V. c. 25. p. 932. ^{g)} de BERGER in Oecon. iur. Lib. III. Tit. V. §. 7.

terum Franci etiam & Germani in sponsalibus arrham a pretio emtionis seiunxerunt. Veteres Franci annulum mittebant sponsae & recipiebant, qui *arrhae loco* esset. Praeterea solidos argenti, quasi emtionis pretium, adiciebant, quod ex veteri formula apud BALVZIVM apparet ^{h)}. Immo vero si largiamur interim, *arrham* fuisse *partem pretii*, tamen ea fuit integritas & fides Germanorum, ut, sponsa mortua, nihil, quod a sponso profectum esset, apud heredes sponsae voluerint remanere, quod NICOLAUS HIERONYMVS GVNDLINGIVS probavit ⁱ⁾. Hoc enim certissimum praeceptum aequitatis omnes fere gentes agnouerunt. ALEXANDER etiam munera, quae a sponso parentibus sponsae data fuerant, ut filiam uxorem duceret, restituenda esse iudicavit, *L. 2. C. de donat. ante nupt.* Sponsus in formula veteri apud BALVZIVM ^{k)}, quam antea commemoravi, expresse pactus est, ut, matrimonio secuto, demum dominium rerum donatarum transferatur.

Praeterea quicquid de *pretio emtionis* ICI argutentur, certe hodie Germani, ad simplicitatem iuris gentium reuerſi, in sponsalibus nunquam *de emtione uxoris* cogitant, sed didicerunt, verum esse, quod PAVLLVS atque VLPIANVS docuerunt, sponsalia & omnem *spem matrimonii* consensu illorum regi, qui consilium nuptiarum & consortii aeterni susceperunt. *L. 2. D. de Rit. nupt. L. 30. D. de R. I.* Arrhas inuicem donant, ut fidem signo quodam & monimento praesenti comprobent atque obstringant, & studium bene de se inuicem merendi, liberalitate sua, propter spem nuptiarum, ostendant. Sed, nuptiis non secutis & spe intercepta, nolunt cum damno alterius locupletiores fieri, &, quae ob causam data sunt, bona fide restitunt, causa non secuta.

§. X.

Res cito periturae & quae nos locupletiores non faciunt, arrhae loco datae non repetuntur. Sed res fungibiles tamen. Res in specie restituenda est, aut aestimatio.

Etiam munifici hominis liberalitatem fortuna regit; suae enim cuique facultates modum erogationis & impensarum statuunt. Pauperes igitur homines & quibus non suppetit, quod donent, defuncti officio videntur, si *rustica* munera liberaliter offerant, significandi studii & affectus causa. Quae enim liberaliter data sunt in amoribus & amicitiiis, non pretio, sed affectu aestimantur. *L. 36. D. de bonis libert.* Plus est amari & de studio alterius in nos persuaderi, quam praesente munere locupletiolem fieri & modica accessione patrimonium amplificare. Ille, apud VIRGILIVM MARONEM etiam gloriatur de magnificentia sua, quum sponsae aliquot columbas destinauisset. Ita enim ille:

Parta

^{h)} BALVZ. in Capitular. Reg. Francor. & veter. formul. Tom. II. formul. 75. pag. 533. vid. Heinecc. in Element. iur. Germ. Lib. I. Tit. IX. §. 182. pag. 141.

ⁱ⁾ GVNDLING. de emtion. vxor. §. 25. sq. p. 26.

^{k)} BALVZIVS loc. cit.

Parta meae Veneri sunt munera: namque notavi

Ipse locum, aëriae quo congeffere Palumbes l),

Immo vero etiam opulentiores interdum, si res confestim administranda sit, *fortuita & obuia* dona arripiunt, quibus fidem sponsaliciam in opportunitatibus improuisis comprobare possint. Quoniam sua quemque propria voluptas trahit, pro ingenio sponsae interdum *modica & cito peritura* arrhis adiiciuntur, quae sponsam quidem locupletiores non faciunt, sed tamen iucunditatem aliquam pariunt, & cum usu hilaritatis consumuntur. Haec talia MARCELLVS atque VLPIANVS res mortuas appellant, inprimis vnguenta, quae quidem nobis iucunda sint, sed cito expirent & vestigium sui vix relinquant, neque augeant patrimonium accipientis, L. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & uxor. GREGORIUS TVRONENSIS obseruauit, Francos sponsae cum annulo etiam calceamenta & res exigui momenti, quae praesentem duntaxat voluptatem parere potuerint, transmisisse, quum haec munera sponsae iucunda esse intelligerent, quamuis scirent, illam voluptatem per exiguum temporis momentum duraturam esse m). Supra comprobauimus, haec munera *animo serio* donata censeri, ut confestim accipientis fiant & nunquam ad sponsum reuertantur. L. 1. §. 1. D. de donat. Haec igitur, si solam naturalem rationem sequimur, quamuis cum arrhis transmissa sint, *efficaciter* translata sunt & a sponsae defunctae heredibus non restituuntur. Credi enim potest, ipsam sponsam superstitem haec munera repudiaturam fuisse, si potuisset suspicari, illa non serio donari, sed casu quodam interueniente, ab heredibus restituenda esse. Hinc MARCELLVS, donationes *rerum mortuarum* etiam inter coniuges valere, censuit, quum coniugibus non interdictum sit, ut vitae usum sibi iucundiores faciant, quamuis coniux coniugem opibus emungere & foenalius amore, patrimonii augendi causa, donum a coniuge accipere non deberet, L. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. & uxor. Inprimis quae *manducantur* & cum voluptate consumuntur, quamuis sint alicuius pretii, repeti non possunt, quum sciuerit sponsus, haec dona confestim perdi & consumi. Ex hac causa Lex Alamannorum mulieri viduae, quae hereditate mariti abstinuit, omnia bona reddi iussit, exceptis illis, quae *manducata* essent n). Haec talia pro perditis habentur. Eodem iure etiam Romanos inter coniuges usos fuisse, POMPONIUS testatur L. 31. §. 9. D. de donat. inter vir. & uxor.

Haud paullo secius de aliis *rebus fungibilibus* iudicandum est, quae usu quidem consumuntur, sed tamen utilitatem duraturam pariunt, & nos

D 2

locu-

l) VIRGIL. Eclog. III. v. 68. seq.
Patr. cap. XVI. pr. & cap. XX.
in Cod. LL. antiq. p. 377.

m) GREGORIUS TVRONENS. in Vitis
n) Lex Alamann. cap. LV. apud LINDENB.

locupletiores facere censentur. Si enim res fungibiles aliorum consumimus, interea rebus nostris parcimus, quae consumendae fuissent, nisi res eiusdem generis nobis donatae essent. Inprimis *pecunia* sponsae donata aut ex rebus donatis redacta, quamvis expendatur, tamen accipientem videtur locupletiores facere. Hae igitur *res fungibiles*, licet bona fide consumptae sint, causa non secuta, iuste repetuntur, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Quum deliberato res administratur, sponsus non facile res *cito perituras* arrhae loco dabit, sed obsequatur *SENECAE* praecepto, qui *dona mansura* desiderat in beneficiis, quibus alterum demereri & deuincire cogitamus ^o).

Solebant etiam sponsi & sponsae sibi cum arrhis aut loco arrharum *vestes* inuicem donare. Haec vestimenta, si *quotidiana* sint, medii generis habentur, & non consumuntur quidem contestim, sed usum tamen non praestant, nisi cum insigni ipsius substantiae detrimento, aut multum pretii sui perdunt, si semel ad usum, cui destinata sunt, adhibeantur. *L. 9. §. 3. D. de Usufructuar. quemadmod. caueat.* *IULIUS POLLUX* in onomastico, apud Graecos, inter *προγάμια*, seu donationes ante nuptias, etiam *vestimenta* commemorat. Vestes, apud Lacedaemonios, sponsa etiam sponso mittere solebat, quamvis Lacedaemonii virgines *indotatas* ducerent, teste *AELIANO* ^p), ne pecuniam magis, quam uxorem quaesuisse viderentur. Etiam Romae sponsa sponso interdum paludamentum dabat, quod ipsa suis manibus confecerat. Ita *HORATII* soror, quae vni ex *Curiatis*, ab *Horatio* interemptis, *desponsa* fuerat, apud *TITVM LIVIVM* ^q), cognito super humeros fratris triumphantis paludamento sponsi, quod ipsa confecerat, soluit crines, & flebiliter nomine sponsum mortuum appellauit.

Ceterum, si *species* donatae fuerint, ipsae *species*, quae adhuc *extant*, repetuntur. Eodem enim iure etiam in *dotibus* utimur, quae ante nuptias datae sunt. Eleganter *PAVLLVS*, si res, etiam aestimatae, in dorem datae fuerint, *nuptiis non secutis*, res ipsas, non pretium, restitui, docuit, quia matrimonium futurum sola contrahendi causa fuerit. *L. 17. §. 1. D. de iure dot.* Si vero quaedam bona fide ita consumpta sunt, ut sponsa ex illis *facta sit locupletior*, illorum *pretium & aestimatio*, non secuto coniugio, recte condici potest, *L. 5. §. 18. D. de donat. inter vir. & vxor.* Nihil enim apud defunctae heredes remanere debet, quod arrhae nomine a sponso datum fuerit, matrimonii contrahendi causa.

Quodsi

^o) *SENECA* de benef. Lib. I. c. 12. ^p) *AELIAN.* var. hist. Lib. VI. cap. 4. & L. VI. c. 6. vid. Comment. Perizon. ad Aelian. pag. 414. ^q) *LIVIVS* Lib. I. cap. 26.

Quod si de pretio non constet, auctori iuranti atque pretium certum indicanti creditur. Obtinuit enim, ut, si debitum probatum fuerit, iurando suppletorio auctoris, qui certam scientiam habet, in primis contra heredes, qui pretium ignorant, fides de pretio habeatur. Maxime vero, si auctor de damno vitando, reus de lucro captando certet, auctoris iuramento potius credendum. *L. 1. §. 40. D. depositi.*

§. XI.

Restituendae igitur sunt arrhae a sponsae defunctae heredibus, si matrimonium non fuerit secutum; sed unam speciem Imperatores excipiunt, si ille, qui arrham dederit, sua culpa effecerit, ut nuptiae impedirentur. Hoc enim casu voluerunt cessare repetitionem, & donata perdi in poenam leuitatis, *L. 3. C. de sponsal.* Hoc CONSTANTINVS in omnibus donationibus, quae futuri matrimonii caussa sunt, adeoque etiam in sponsalitia largitate, quae facilius sustinetur, iussit obseruari. Qui enim causam dedit, ne nuptiae contraherentur, ipse res donatas restituere cogitur, & si sua munera repetit, ab actione officio iudicis repellitur, *L. 15. C. de donat. ante nupt.*

Contra, si morte sponsae, sine cuiusquam culpa, spes nuptiarum fuerit interpellata, sponsalia pro infectis habenda sunt, & arrha, quae sub matrimonii tacita conditione data est, sine caussa apud sponsae heredes esse iudicatur, *L. 3. & 5. C. de sponsal.*

Superest igitur, ut videamus, qua actione repetatur arrha sponsalitia, quae a sponsae defunctae heredibus sine caussa retinetur. Nimirum generaliter receptum est, ut res donatae, si conditio expressa vel tacita donationis non fuerit impleta, non solum actione personali condicantur, sed etiam utili in rem actione vindicentur.

Interdum, quod supra vidimus, hac lege aliquid donatur, ut res donata tunc demum accipientis fiat, si aliquid sequatur. Igitur si caussa non secuta sit, non efficaciter translatum est dominium, sed mansit apud donatorem, quum tota res conditione sit suspensa. Sin translatum quidem dominium, sed hac lege, ut, si aliquid non secutum fuerit, res accipienti auferatur, donatio sub conditione resolvitur, & caussa non secuta, totum negotium pro infecto habetur, ideoque res utili actione, quasi non alienata, vindicari potest, *L. 1. D. de donat.* Eandem rationem Diui Principes secuti sunt. Hi enim, conditione non impleta, non solum conditioni locum dederunt, sed donantem etiam vindicatione uti voluerunt, ut dominium pristinum restitueretur. *L. 1. C. de donat. quae sub modo.* Non alia ex caussa, si culpa alterius partis interuenerit, donata vel condici vel utili in rem actione reperi posse, CONSTANTINVS tradit *L. 15. C. de donat. ante nupt.* Scitissime

vete-

veteres in eadem, apud BALVZIVM, formula, quam saepe commemoravi, *expressis verbis* pacti sunt cum sponsa, ut dominium rerum donatarum ipso demum die nuptiarum ad coniuges futuros transferatur. Adscribam ipsa verba formulae concepta: *ut haec omnia superius nominata sponsa, quandoquidem euenerit nuptiarum dies, & Deus nos coniunxerit, ab illo die haberet, teneret atque possideret, vel, quicquid exinde facere voluerit, liberam ac firmissimam in omnibus haberet potestatem* r).

Hoc pactum, quum *in rem* conceptum sit, sine dubio efficiet, ut dominium usque ad diem nuptiarum apud donatorem mansisse videatur, ideoque dubitari non potest, quin *species extantes* a donatore possint vindicari.

Immo vero si etiam translatum esset dominium, sed hac lege, ut, quando nuptiae non secutae fuerint, res restituatur, *utilem* rei vindicationem donatori non recte denegamus. Quum enim donatio sub conditione resoluitur & pro infecta habeatur, ut diximus, & dominium pristinum donatori, propter aequitatem, fictione iuris interueniente, restituendum sit, donator non *directa* quidem, sed *utili* tamen rei *vindicatione* efficaciter experietur. *L. 1. C. de donat. quae sub modo.*

Sed praeter rei vindicationem utilem, etiam *condictionem ob causam dati, causa non secuta*, donatori interpretes & ipsi imperatores concesserunt, *L. 15. C. de donat. ante nupt. L. 1. C. de donat. quae sub modo.* VLPPIANVS etiam in emptionibus, annulum, arrhae loco datum, quamuis omnia a contrahentibus impleta atque consummata sint, *quasi finita causa*, ob quam datus est, condictione personali non merito repetendum esse, arbitratur, *L. 11. §. 6. D. de act. emt. vendit.*

Idem VLPPIANVS alio loco pecuniam, alicui ob causam futuram, velut ad iter faciendum & mandata expedienda, numeratam profectione impedita, *condici* posse, docet, deductis expensis, quas accipiens, paratus ad proficiscendum, profectionis causa erogauit, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Arrham igitur, non secutis nuptiis, a defunctae sponsae heredibus *condictione* ob causam dari, causa non secuta, repetemus. Inprimis si species donatae non amplius extent, ideoque vindicari nequeant a donatore. Neque locus esset dubitationi, nisi DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS scrupulum iniicerent, quem, operae pretium est, ut euellamus. Aiunt enim,

r) STEPHAN. BALVZIVS in capitul. Regum Francor. formul. 75. p. 533.

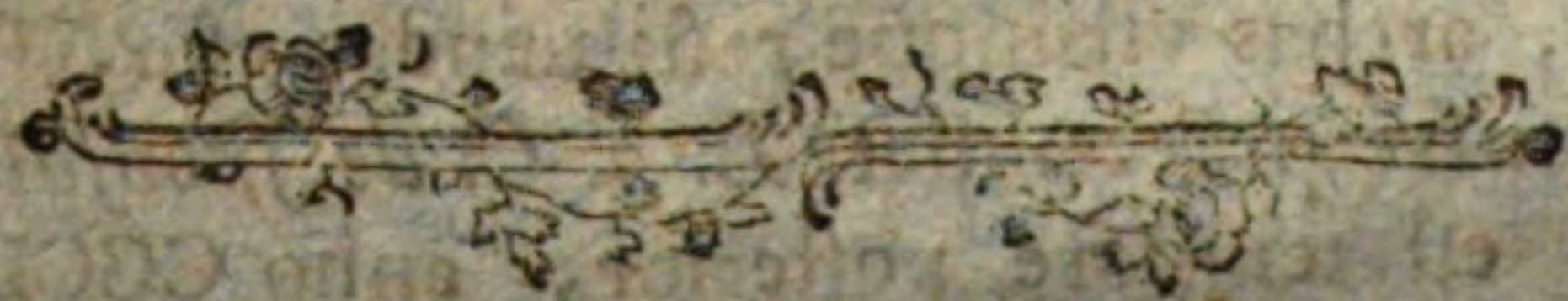
enim, tunc demum huic conditioni locum esse, si sponsa, *quum posset*, legi, quam sponsus donationi adiecerat, non sit obsecuta. *L. 8. C. de condict. ob caus. dator.* Ceterum, si causa, ob quam pecunia data est, *non culpa* accipientis, sed casu fortuito impedita fuerit, ideoque causa illa, propter vim maiorem, sequi non potuerit, cessare repetitionem voluerunt *L. 10. C. eod.* Sponsa itaque defuncta ante nuptias, nisi fatum accelerauerit, morte voluntaria, aut delicto mortis poenam merita fuerit, *casu fortuito* duntaxat & vi maiore impedita est, quominus matrimonium contraheret & consummaret. Itaque dicendum videtur cum **DIOCLETIANO**, arrham a sponsae successoribus non repetendam esse *d. L. 10. C. eod.* quum causa matrimonii, propter solum fortuitum casum, non secuta fuerit.

Enim vero res salua est, & non habemus, quod a **DIOCLETIANO** & **MAXIMIANO** timeamus. Regulam enim *generalem*, quae *plerumque* vera est, sed exceptiones tamen singulares non excludit, *dicta Lege decima* definiuerunt. Non est nouum quod *casus fortuitus* a nemine praestetur in negotiis administrandis, *L. 23. in fin. D. de R. I.* Hanc regulam **DIOCLETIANVS** etiam tunc sequendam esse, iudicauit, si pecunia data fuerit ob futuram causam, & illa causa, propter casum fortuitum, non fuerit secuta, *dict. L. 10. C. de condict. ob caus. dator.* Sed *primo* per hanc legem non derogatur constitutioni speciali, qua arrhae, defuncta sponsa, ab eius heredibus restitui iubentur, *L. 3. C. de sponsal.* Haec enim singulares habet rationes, quae efficiunt, vt a *generaliori regula*, *plerumque* duntaxat vera, discedamus. Hoc eleganter **PAVLVS** *L. 1. D. de R. I.* obseruauit. Non enim voluit **DIOCLETIANVS** permittere, vt heredes sponsae per casum fortuitum locupletiores fierent, cum damno sponsi innocentis, feruore amoris & spe nuptiarum misere decepti. Haec vera causa fuit, propter quam imperatores iudicarunt, arrhas ab heredibus restituendas esse.

Secundo, si omnia alia deficient, obseruandum est, varie & inconstanter de donationibus sponsorum iudicatum esse, vsque ad tempora **CONSTANTINI**, qui magis, ex aequitatis ratione, de donationibus sponsorum disposuit, donec tandem **THEODOSIVS** cum collegis, re penitus perspecta, simpliciter definiuit, arrhas vtrunque restituendas esse, sponsa mortua, nisi culpa sponsi aut sponsae praecessisset, *L. 3. C. de sponsal. & arrhis.* Haec lex **THEODOSII** est tempore posterior, anno **CCCLXXX** promulgata, ideoque sine dubio derogat legibus **DIOCLETIANI** generalibus, *octauae & decimae Cod. de condict. ob caus. dator.* quae anno **CCXCIII.** & **CCC.** prodierunt.

Tertio, generalis illa *DIOCLETIANI de casu fortuito* regula sic accipienda est, ut ab analogia iuris civilis absque manifesta imperatoris voluntate nunquam recedamus. Qua de causa certius est, *DIOCLETIANVM* duntaxat de illa specie intelligendum esse, si pecunia ideo data fuerit, ut accipiens aliquid *faceret* & voluntati dantis, quantum in se fuerit, labore suo & industria obtemperaret. Hic igitur, si, quantum per ipsum steterit, omnia conatus sit, & laborem, pro quo pecunia data est, perfece- rit, inpenas etiam erogauerit, quibus pecunia sit consumpta, merito utitur *casus fortuiti* excusatione, quamvis res caruerit euentu, *L. 5. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Sed aliter iudicandum est, si donatio *in futurum euentum* sit collata, ut tunc demum subsistat, si causa, pro- pter quam data est, *eueniat*, & conditio, tacite vel expressis verbis dona- tionis adiecta, realiter existat, hoc casu enim donationem non valere, sed a *conditione suspendi*, *IULIANVS* observat *L. 1. D. de donat.* ut omnia in incerto sint, donec constet de prospero euentu. *IAVOLENVS* vero recte monet, quae *ob matrimonium* data fuerint, hanc conditionem tacitam habere, *si matrimonium sequatur*, & simpliciter repetenda esse, *si nuptiae quacunque de causa non secutae sint*, aut spes illarum intercepta fuerit, sine culpa donatoris, *L. 10. D. de condict. caus. dat. caus. non se- cut.* Eodem iure etiam in *dotibus* utimur, ut si mulier illi, cui nuptura est, pecuniam dederit, nuptiis non secutis, pecunia, quae iam *sine causa* apud sponsum eiusque heredes manet, *conditione* repetatur, *dict. L. 10. D. de condict. caus. non secut.*

Alii, *conditione ex Lege III. C. de sponsal.* adeoque propria & singu- lari actione arrham repetendam iudicant ^s). Alii *conditionem sine causa* donatori concedendam esse tradiderunt. Quibus non valde repugnauerim, parum sollicitus, quo nomine actio veniat, dummodo arrhae sponsalitia re- petitio detur donatori. Neque tamen opus est, ut ad *conditionem sine causa vel conditionem ex lege* singularem recurramus, quum *communia* remedia suppetant, quibus arrha aut vindicari possit, aut condici.



XCV.

THESES IVRIS CIVILIS ET GERMANIC
DE
PRAESCRIPTIONE IMMEMORIALI.

VITEMBERGAE, AD DIEM XXIII MARTII MDCCCCLIV.

I.

Si quaeritur, *an rei & facti memoria exstet*, non de sola *hominum memoria* quaeritur, an quis illius meminerit. Caduca enim est memoria, & potest accidere, ut nemo meminerit, quo tempore aliquid gestum sit. *L. 28. D. de probation. & praesumpt.*

II.

Memoria rei vel facti non exstare dicitur, *si nullo modo probari possit*, quando aliquid factum sit. *L. 28. D. de probation. & praesumpt.*

III.

Igitur, si quis prouocet ad *praescriptionem immemoriam*, & asserat, actus contrarii memoriam non exstare, non necesse est, ut aduersarius testes producat, qui actus contrarii *meminerint*, sed sufficit, si per *instrumenta* fide digna *probari* possit, actus contrarii memoriam exstare. IOANNES PETR. a LUDWIG in *Commentar. ad Aur. Bull. Tit. 1. §. 1. Tom. I. p. 767.* Ita thesaurus dicitur vetus depositio pecuniae, *cuius memoria non exstat. L. 31. §. 1. D. de A. R. D.* Sed hic tamen restituendus est domino, si ex schedula adiecta appareat, quis deposuerit.

IV.

Etiam *instrumenta*, in primis publica, dicuntur *memoriae*. Ita A. GELLIVS ait, in *veteribus memoriis* scriptum esse, *Lib IV. Noct. Atticar. cap. VI.* Hinc monumenta, quae in sepulchris exstant & nomen defuncti ostendunt *memoriae* appellabantur. GRVTER. in *Corpore inscription. Tom. II. pag. 827. num. 8.* Ideoque minus recte asseritur, quod *memoria non exstet*, si ex *documentis* initium aut actus contrarius probetur, quamuis testes initii aut actus contrarii plane non meminerint. Non obstat *L. 6. C. de religios.*

V.

Instrumenta conscribuntur, ut, quod actum sit, per ea facilius probari possit, *L. 4. D. de fide instrumentor.* Hinc fortior est probatio ex *instru-*
Fasc. XI. E stru-

strumentis, quae fide digna sunt, quam si aliquid probetur per testes, qui facilius corrumpi possunt, et quorum memoria interdum multis causis decipitur. *L. 10. D. de probat. et praesumption. et L. 31. C. de donation. §. 16. I. de inutil. stipulat. et L. 134. §. 2. D. de V. O.* Certe luculenta instrumenta non minorem vim habent, quam testes, *L. 15. C. de fide instrument. etc.* Non obstat *Lex 3. §. 3. et 4. D. de testibus*, ubi de nudis testimoniis agitur.

VI.

Cum asseritur, memoriam contrarii non exstare, immemorialis praescriptio efficaciter opponitur, modo probetur *opinio communis*, quod actus contrarius non exstet, et illa opinio neque per testes, neque per instrumenta refelli possit. *L. 28. D. de probat. et praesumpt.*

VII.

PAVLLVS quidem *per testes* probari ait, quod memoria non exstet, si testes dixerint, se neque audiuisse, neque vidisse, quod aliquid factum sit, neque ex iis audiuisse, qui vidissent, aut audiissent, *L. 28. de probat. et praesumpt.* Sed idem PAVLLVS non excludit alias probationes, quibus contrarium doceri possit.

VIII.

Ius Civile praescriptionem immemoriam per *testes* probatam, tantum in causis leuioribus admittit, in quibus non refert, difficili & operosa probatione ius suum deducere. Exempli gratia, si disceptatur de purgatione fossae aut de aqua pluvia arcenda, *L. 1. §. 23. D. de aqua & aqua pluui. arcend. L. 2. §. 4. & 8. L. 23. §. 2. in fin. D. eod. & L. 28. D. de probat. & praesumpt.* In his enim satis est, si testes non meminerint, neque audiuerint ex aliis, quod aliquid factum sit. Sed in arduis causis *plenior probatio* desideratur.

IX.

Testes, qui dicunt, se non meminisse, neque ex aliis aliquid audiuisse, reuera sunt *negantes*, ideoque in rebus magni momenti plenam fidem non faciunt, nisi de actibus posituiis simul aliquid affirmant. MYSINGER *Cent. 1. obseru. 30. CARPL. Part. I. Const. 16. def. 74. n. 16. sequ.* DE LEYSER *Medit. VII. Specim. CCCCLX.*

X.

In probatione immunitatis non sufficit, si testes non meminerint, quod tributa ab aliquo soluta sint, daß er je in Menschen Gedächtniß in des Reichs Hüften contribuirt, sed desiderantur alia argumenta libertatis, quibus illa praesumptio confirmetur. *Recess. Imper. Augustan. de ao. 1548. §. 54. 56. 63. & 64.*

XI.

Praescriptio immemorialis per testes probata *praesumptionem iuris* parit, quae possessoris causam commendat, ipsumque liberat ab editione tituli *cap. 1. de praescript. in 6to.* Non tamen probationem contrarii excludit.

XII.

Nemo potest sibi ipsi causam possessionis & titulum mutare. *L. 2. Et 7. §. 6. C. de praescriptione 30. vel 40. ann. L. 8. C. de usufructu. Constit. Elector. Sax. 40. Part. II.* Itaque, si ex documentis probari possit, quid ab initio gestum sit, cessat praescriptio immemorialis contrarii tituli, quamvis *testes initii* non meminerint.



XCVI.

DISSERTATIO

DE

F I L I A V I D V A

AD PATREM REVERSA.

AD LEGEM XII. D. DE ADOPTION. ET EMANCIPATION

VITEMBERGAE, DIE MAII CXCICCLIV.

Lex XII. D. De adoption. & emancipation.

VLPIANVS, Lib. XIV. ad SABINVM:

Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reueri non potest, nisi adoptione.

§. I.

Haud ita pridem mense Decembri superioris anni Collegio Ictorum Vitembergensium proponebatur, *uxorem viduam*, quum, *mortuo marito*, creditores eius conuolarent & venditionem praediorum postularent, praesente & probante *patre* suo, ad quem, soluto matrimonio, reuersa erat, pro hereditate mariti mortui, intercessisse. Vxor vidua, dissipato patrimonio, *Species singu-*
lavis propo-
nitur. Filiae
viduae & de-
eratae ad pa-
trrem uer-
tuntur.

nio, non multo post mortem mariti ipsa etiam bonis lapsa, creditores ad agendum & liquidandum, quod dicunt, prouocauerat. Mariti creditores solutionem ab vxore vidua frustra exigebant. Haec enim fidem SCti Velleiani inuocabat, quia neque renunciauerat huic beneficio, neque *curatorem sexus* adhibuerat intercessioni. Creditores *auctoritatem patris*, quo praesente vxor vidua pro marito mortuo intercesserat, sufficere arbitrabantur. Respondebat vxor vidua, se olim ex patris *potestate exiisse*, hinc obligationem sine curatore sexus contrahi non potuisse. Sed instabant creditores, & filiam, soluto matrimonio, ad lares paternos reuersam, *in patris potestatem recidisse*, illoque consentiente efficaciter pro marito mortuo interuenire potuisse, obtendebant. Nobis quidem visum est, repellendos esse creditores, quum inutilis esset illa mulieris intercessio. Filia enim vidua, quamuis ad patrem reuersa, *sui iuris esse* iudicabatur. Digna res visa est, de qua diligentius a nobis exponatur.

Neque enim raro hoc accidit, vt filiae, vel repudiatæ, vel desertæ, vel quomodocunque a marito diuulsæ atque in magnas calamitates delapsæ, ad *patrem*, quasi ad anchoram, confugiant, atque sub eadem vmbra, in qua procreatæ & enutritæ sunt, quiescant. Europe illa famosa, si HORATIO FLACCO fides est, quum non inueniret tutum fugæ consilium, tandem *patris* fidem inuocauit:

— — — — Pater o relictum

Filiae nomen, pietasque, dixit,
Victa furore! a)

Tiberius Nero, quum audiisset, Iuliam vxorem suam adulterii damnatam, ipsique repudium suo nomine, auctoritate Augusti, missum esse, officio suo conuenire duxit, filiae *patrem* frequentibus literis exorare, vt eam reciperet, ne ab omnibus deserta videretur b). Notissimi sunt illustrium familiarum casus, quibus coactæ filiae a maritis reiectæ & dimissæ ad lares paternos redierunt. Ille quidem apud PLAVTVM, ad quamcunque fortunam confidentiori animo accedit, quia

Est ipsi auxilium in patre c)

& quia portum aliquem nouit, in quem se recipiat, si qua maior tempestas fuerit coorta. Certe si patris seueritas repugnet, matres filiabus adiutrices & auxilio esse solent in paterna & mariti iniuria d). Ipsa enim natura illas videtur inuitare, vt, si aliud consilium non videant, ad *origines* suas reuertan-

a) HORAT. Lib. III. Od. 27. v. 34. sq.

b) SVETONIUS in vita Tiberii c. 11.

c) PLAVT. in Amphitruone prolog. v. 92. & Act. 1. Sc. 1. v. 5.

d) TE-

RENT. in Heaut. Act. V. Scen. 2. v. 38.

tantur, & a quibus spiritum & sanguinem duxerunt, ab his in rebus turbidis auxilium expectent.

Licentia diuortiorum, quae usque ad saeculum XII. in Germania durauit, quum ipsi principes de causis sui diuortii cognoscerent, effecit, ut frequentius redirent vxores ad parentem. Carolus M. Desiderii, regis Longobardorum, filiam suo arbitrio dimisit *e*). Henricus Auceps Hatheburgim ex causa voluntaria repudiavit *f*). Fridericus I. Adelheidam quoque dimisit. Nota etiam est Henrici Leonis seueritas, qua in vxorem usus est, ut illam a suo consortio seiungeret. Hae necessitates coegerunt illustres etiam feminas, ut ad patrem confugerent, a quo profectae erant, nisi malent monasteriis & claustris contineri.

Sed ista iam attingere non vacat. Non tamen perdemus operam, si expediuerimus potius, *quo iure utantur filiae apud patrem*, ad quem, soluto aut perturbato matrimonio, viduae & destitutae redierunt.

§. II.

Facilius intelligetur, *quo iure* filiae, soluto matrimonio, apud patrem versentur, si tradiderimus, quo loco ante, quam nuptias contrahunt, in familia paterna habeantur. Romani quidem olim, quum ante L. Iuliam & Papiam non satis foecunda essent matrimonia, & ciuitas vix hominis aetatem duratura esse videretur, studio *immortalitatis*, filios & omnes personas, per virilem sexum coniunctas, in plerisque causis, *filiabus* praetulerunt. In familiae enim perpetuitate, quae per masculos propagatur, magnum versari momentum reipublicae, arbitrabantur. Ita in exheredatione liberorum placuit antiquitati, *filios nominatim* vel heredes institui, vel ab omnibus gradibus excludi; *filiae inter ceteros* &, quasi in folle, exheredari poterant & sine vitio supremas voluntatis *praeteriri*. Hoc vnum desiderabatur, ut appareret, non *per obliuionem*, sed vero iudicio filias neglectas fuisse a parente. Hinc si legatum filiabus reliquisset pater, quamuis in heredum institutione ipsas non commemorasset, silentium patris pro exheredatione habebatur. *§. 1. I. de exheredat. liberor.*

Filiae in familia paterna interdum filiis praeferruntur, & iura quaedam retinent post nuptias contractas. Patria potestas in filias modo laxior modo restrictior, quam in filios.

Parentes igitur, qui in supremis tabulis immortalitatem nominis & familiae in primis cogitabant, facilius negligere poterant filias, quam masculos heredes. Sed, etiam durante patria potestate, *inter viuos*, non tam sollicitae filiarum rationem habendam esse censuerunt. Certe ex XII. Tabularum praeceptis, filios *ter vendere* licebat, ut post primam & alteram venditionem reuerterentur in patris potestatem, & tertium venditi, ex pacto fidu-

e) EGINARD. in vit. Carol. M. apud Freher. p. 439. *f*) DITM. testit. Lib. I. p. 324. apud Leibnit.

fiduciae, remancuparentur patri ab emtore. Cauebant enim, ne filii, quorum salute spes posteritatis maxime continebatur, in perpetuum, omnibus vinculis dissolutis, a patribus seiungerentur. Sed GAIUS ^{g)} atque ULPIANUS ^{h)} docent, aliud in filiabus observatum, quae una emancipatione in perpetuum e patris potestate exierunt, quum non referret, illas in familiam reuerti.

Magis ad institutum nostrum pertinet, ut de matrimoniis dispiciamus. Et filius quidem, quem sperabant post mortem patris caput familiae futurum, cogi non poterat a patre, ut nuptias contraheret, sed propria & expressa voluntatis declaratione, iussu parentis praecedente, uxorem & sponsam eligebat. Generaliter TERENCEIVS CLEMENS, non cogitur, inquit, filiusfamilias uxorem ducere, *L. 21. D. de ritu nuptiar.* nisi facto luculento, libertate sua usus, parentis voluntati obsequatur, quod CELSVS observauit. *L. 22. D. eod.* Non ita solícite filiarum consensus a veteribus est exploratus, quae, teste IULIANO apud PAVLLVM, creduntur semper patri consentire, nisi euidenter dissentiant, quum silentium filiarum facilius pro consensu libero accipiatur. *L. 7. §. 1. D. de sponsal.* Abscisse etiam HONORIUS & THEODOSIVS, filiam, in sacris paternis constitutam, non suo, sed patris arbitrio nubere affirmant. Tunc vero, si sui iuris & intra vigesimum quintum annum constituta fuerit, ipsius etiam filiae assensum explorari voluerunt. *L. 20. C. de nuptiis.*

Itaque apparet, laxiorem parentum in filias, quam in masculos, fuisse potestatem, in quaerenda conditione nuptiarum. Immo vero pater nuncium remittere potuit sponso filiae, in sua potestate constitutae, ut sponsalia distraherentur, quum totum hoc negotium arbitrio parentis regi videretur. *L. 10. D. de sponsal.* Praeterea imperatores ne quidem per nuptias primas, quamuis emancipatione subsecuta, ius patris in filias prorsus infirmari voluerunt. Viduae enim, intra quintum & vicesimum annum degentes, etiamli emancipationis libertate gaudeant, tamen secundas nuptias, sine patris sententia, contrahere non possunt. *L. 18. C. de nuptiis.*

Vides, duriori vinculo potestatis filias teneri, & negligentius illarum voluntatem & consensum exquiri, ex iuris antiqui disciplina. Nolim tamen, existimes, exigui momenti filias in patris familia fuisse. Certe affectione & caritate patribus non minus, quam filii, coniungebantur, imprimis si nulli essent filii, & spes tota recumberet in filiabus. IULIVS AGRICOLA apud CORNELIVM TACITVM natam sibi, post filii obitum, filiam in pro-

^{g)} GAIUS instit. Lib. I. T. VI. v. 3. apud Schulting. in Iurispr. Anteiustin. p. 59.
^{h)} ULPIANVS fragmentor. Tit. X. §. 1.

provincia cum sensu maximae iucunditatis suscepit, quum in illa & subsidium & solatium se inuenire iudicaret ⁱ⁾. Filiabus enim, si non essent filii superstites, curam domus vniuersae & totius familiae veteres plerumque commendabant. Audiamus VIRGILIUM MARONEM ^{k)} ita de Latini regis familia canentem:

Filius huic, fato diuini, prolesque virilis
Nulla fuit: primaque orient erepta iuuenta est,
Sola domum & tantas seruabat filia sedes.

Has igitur & viuas in pretio habebant, & mortuas anxie & cum honoris significatione deplorabant. Hinc marmora, apud GRVTERVM, appellant *filiam* γλυκυτάτην ^{l)}, dulcissimam ^{m)} bene merentem, cuius ingenium aetatem excedebat ⁿ⁾, forma singulari, & moribus piissimis, doctrinaque supra legitimam sexus sui aetatem praestantissimam ^{o)}, vt ex illo parentum luctu intelligatur, non postremo filias loco in familia fuisse. M. TVLLIVS ^{p)} commemorat Lucium Paullum, qui, in bellum profecturus, quum filiulam suam tristitiam animaduertisset, quiescere non potuit, sed osculatus & arctius complexus est filiam & discedere noluit, nisi causam doloris ipsi exemisset.

Immo filiae praeferebantur interdum filiis, si miseratio sexus & affectio paterna illud postularet. Plerique veteris iuris conditores *filiabus furiosi* nuptias contrahere permiserunt, quum in filiis, sponsam petentibus, constitutum esset, ne possent ducere vxores, sine patris voluntate, ideoque illis olim expectandum esset tempus, quo pater resipisceret vel moreretur. L. 25 C. de nupt. Ita filias pudicitiae fauor liberauit, ne ob delictum noxae dederentur, quum magis fere per corpus filiae corpus patris periclitari videretur. §. ult. D. de noxal. action. sed facilius admissum, vt filii noxae dederentur ob delictum. Hoc PAVLLVS obseruauit ^{q)}. Forte ex hoc fonte defluxit, quod IVSTINIANVS credidit, veteres pubertatem filiarum ex solis annis aestimasse, quum masculi etiam inspectionem corporis pati cogerentur. pr. I. quib. mod. tutel. finit. Hac de causa hostes populi Romani in obsidibus eligendis feminas maxime postulabant, vt parentes ipsarum, cogitatione pudicitiae, in filiabus magis terrerentur, ne desererent fidem, cuius sancienda causa obsides dabantur. Hinc magnam gratiam apud Romanos iniit Cloelia, quod impetrata potestate libe-

i) TACIT. in vita Agricol. cap. 6.

k) VIRGIL. Aeneid. Lib. VII. v. 52.

l) GRVTER oper. Inscript. Tom. II. p. 1036. num. 8.

m) ibid. Tom. I.

p. 699. num. 14.

n) ibid. Tom. I. p. 684. num. 2.

o) ibid. Tom. I.

p. 690. num. 4.

p) CICERO. de diuinat. Lib. I. cap. 46.

q) PAVLL.

recept. sentent. Lib. II. T. 31. §. 9.

liberandi obfides, quas vellet, in primis foeminas, easque impuberes, elegerit, quarum conditio & aetas apud hostem, iniuriae opportuna videbatur r).

Igitur non contemnebatur

— — *magno patre nata puella,*

quod HORATIVVS FLACCVS adnotavit s). Certe PAVLLVS monuit, senatoris filiam libertino, aut vilioribus personis non posse efficaciter coniungi, L. 16. pr. D. de ritu nuptiar. L. 42. D. eod. ut dignitas familiae in filiabus etiam custodiretur.

Praeterea SEVERVS & ANTONINVS praeceperunt, ut parentes filiabus conditionem nuptiarum quaerere & offerrent, & dotem constituerent. L. 19. D. eod. Certe ne quidem exheredare pater potest filiam, virginem vel viduam, LVXVRIOSIVS viventem, si dotem & conditionem nuptiarum filiae non obtulit. Nouell. 115. c. 3. §. 11. Contra filii suo arbitrio & consilio uti debebant in vxore deligenda, modo consensus patris non negligeretur. Non commemorabo filias patrum perduellium, quas mitius tractari placuit, quam filios, quia, propter sexus infirmitatem, minus ausurae videbantur. Itaque portionem legitimam ex matris hereditate retinebant filiae, quam legis seueritas perduellium filiis omnino subtrahebat. L. 5. §. 1. & 3. C. ad L. Iuliam maiest.

Video, etiam Germanis placuisse, ut inter filias & filios perduellium discrimen aliquod admitteretur. Aur. Bull. Tit. 24. §. 6. Venio igitur ad Germanos & reliquas gentes, quae Romanorum instituta ignorarunt. Thraces quidem filias plerumque neglexerunt, quum non traderentur viris a parentibus, sed vel locarentur, vel publice venderentur eis, qui maiori pretio illas in foro redimebant. Ita POMPONIVS MELA tradit t),

Germani, quam diu militiae dediti fuerunt, maius robur familiarum illustrium in filiis, quam in filiabus, esse crediderunt. Illis enim possessionem & regimen terrarum atque praediorum, quibus diuitiae veterum continebantur, commodius, quam filiabus, tradi posse intellexerunt. Feuda maxime, non solum regalia, sed etiam minora, feminis exclusis, ad filios duntaxat peruenire voluerunt. Ita, apud Saxones, constitutum, es vererbet niemand sein lehn, denn allein der Vater auf den Sohn, Sächs. lehn-Recht cap. 21. donec affectione filiarum obtinuit, ut feuda impropria constituerentur, in quibus etiam feminis locus aliquis relinqui posset. Illud

r) LIVIVS Lib. II. cap. 13.

s) HORATIVVS Lib. I. Serm. Satyr. 2. v. 72.

t) POMPON. MELA de situ orbis Lib. II. c. 2.

Illud ab antiquissimis temporibus receptum, vt *dotem* acciperent filiae ex feudo, non solum ex nouo, sed etiam auito. Certe, si pater dotis causa aes alienum contraxisset, illud placuit ad feudi onera referri, vt omnibus successoribus necessitas illius debiti soluendi, quamuis non consenserint, imponeretur. *Const. Elect. Sax. XLVI. Part. II. & Const. inedita II.*

Maxime vero propter *affinitatum* spem & splendorem, magnum apud Germanos momentum illustris familiae in filiabus positum fuisse, obseruamus. Hinc nunquam probauerunt inaequalia matrimonia, vt, adempta eligendarum ignobilium potestate, suas quisque filias digno matrimonio collocare posset. Quapropter vasallus dominum grauissima iniuria affecisse censebatur, qui *filiam* eius, vel neptem, vel sororem, quae in domo eius mansisset & adhuc in *capillo* esse diceretur, *stupro* cognouisset. Hoc enim Germani a Longobardis didicerunt. 1 F 5. pr. 2. F 24. § 2. Immo si quis per mendacium gloriatur, se filiam alterius stupro contaminasse, haec atrocissima iniuria habetur. *Const. Elect. Sax. XLV. Part. IV.*

Generaliter A V G V S T V S apud S V E T O N I V M obseruauit, masculos plerumque negligi ab externis gentibus, si *filios* suos obsides dedissent, ideoque nouum genus obsidum, *filias* a quibusdam gentibus accipere maluit, vt cogitatione pudicitiae & periculi, in quo filiae constitutae essent, facilius in fide & amicitia retinerentur *). Ex quo loco intelligitur, plerasque gentes non exiguam sollicitudinem pro filiabus suscepisse. CORNELIVS TACITVS obseruat, Germanorum pietatem non in filiabus tantum substituisse, sed longius porrectam ad reliquos cognatos. Inprimis *filios sororis*, ait, eodem honore apud auunculum fuisse, quo apud patrem habeantur. Quidam enim sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrati sunt, & in accipiendis obsidibus eos magis exegerunt, quasi illi & animum firmitus & domum latius tenerent x). Neque vero hoc nouum, neque sine exemplo factum est. MODESTINVS enim monuit, pietatis affectionem praesumi in auunculo, qui sororis filiam aluerit, vt familiae & cognationis honori per sororis filiam prospiceretur. L. 27. §. 1. D. de negot. gest.

§. III.

Satis, credo, expediuius, neque a Romanis, neque a maioribus nostris *filias* neglectas, sed magno illas in pretio fuisse, quam diu manserint in familia paterna. Magis autem attinet inuestigare, quo loco *viduae filiae*

Odiosa fuit
redintegratio
patriae
potestatis
apud
post matrimonium
filiae
viduae.
Haec non potuit honesto

*) S V E T O N I V S in vita Augusti cap. 21.

cap. 20.

x) TACITVS de Mor. German.

reuerſi ſine
adoptione,

apud parentem fuerint, quae, ſoluto matrimonio, ad patrem rediſſent. Nimirum *viduam* filiam hoc loco appellamus, quae in matrimonio a parente collocata, ſoluto illo confortio, ſine marito, cum quo antea coniuncta fuerat, vitam degit, atque ad patrem confugit, vt ſub eius vmbra deliteſcat. Olim iam exploſa eſt LABEONIS ſententia, qui non ſolum eam mulierem, quae aliquando nupta fuit, ſed virginem etiam, quae nunquam maritum habuit, *viduam* appellat *L. 242. §. 3. D. de V. S. 7)*. Virgines enim viduas, quae nunquam ex ſacris paternis abierunt, certum eſt, ſub poteſtate patris eſſe, donec in matrimonium a patre collocentur. Nobis autem de *vidua* ſermo eſt, quae nupta fuit, & ſoluto matrimonio, reuerſa ad parentem. Ante omnia vero obſeruandum, quod pater, filiam vxorem, inuito prorſus marito, diuertentem atque ad lares paternos redeuntem retinere & in poteſtatem recipere non poſſit, ſed ad illam exhibendam interdico compellatur. Eleganter HERMOGENIANVS comprobauit, patrem de vxore filia exhibenda conueniri poſſe a marito. *L. 2. D. de liber. exhibend.* Certe ſi VLPIANO obſequimur, matrimonia non turbari debent a parente, obtentu poteſtatis, ideoque patri, qui filiam vxorem retinet, perſuadendum eſt, ne acerbè vtatur poteſtate ſua, ſed vt filiam vxorem relinquat in matrimonio mariti. *L. 1. §. 5. D. eod.* Ne quis dubitare poſſit, aperte DIOCLETIANVS rem definit, neque patitur, vxorem filiam a parente retineri, ſed illam marito exhiberi iubet, inprimis ſi haec malit in matrimonio manere. *L. 11. C. de nupt.*

Nullum igitur certum ſuffugium vxori viduae in laribus paternis, ſi durante matrimonio, ſine iuſta cauſſa, a marito reuerſa fuerit ad patrem. Sed quid dicemus, ſi ſoluto matrimonio maluerit in gremium patris conuolare? Admonendum eſt autem, *plerasque filias* a ſacris parentis diſceſſiſſe & in mariti familiam tranſiſſe, inprimis ſi per conſarreationem aut coëmitionem nuptias, iubente patre, contraxiſſent. Immo vero generaliter, quorū vxor in manum & poteſtatem mariti conuenerat, vt tanquam materfamilias in domo mariti verſaretur, liberata videbatur a patris poteſtate, quod A. GELLIVS obſeruat 2). Hinc mariti iudices domeſtici vxorum, in quibus pater nihil iuris habere videbatur, ſolis propinquis conuocatis, ſententiam dixerunt a). Hoc enim etiam apud Germanos frequentatum eſt, qui marito poenam adulterae vxoris permiferunt, vt coram propinquis, domo eiectam

7) vid. ALCIATVS ad *L. 242. §. 3. D. de V. S.* 2) GELLIVS Noſt. Att. Lib. 18. c. 6. vid. & Iacob. Raenardus ad LL. XII. Tab. c. XXI. oper. Tom. I. p. 98. ſeq. a) TACIT. Annal. Lib. XIII. c. 32. Sueton. in vita Tiber. c. 35. vid. Collatio LL. Moſaicar. Collat. XVI. §. 2. item Collat. IV. 2. apud Schulting. in Iuriſpr. Anteiuſt. p. 789. ſeq. item Vlpian. in fragm. Tit. IX. & XI. it. Dion. Halicarn L. II. p. 95.

eiectam & nudatam, per omnem vicum verberibus ageret & crinibus abscissis infamia notaret ^{b)}).

Filiae igitur, quae in manum mariti conuenerant, exsoluebantur potestate patria, relictis laribus paternis. Hinc MODESTINVS, post nuptias contractas, tradit, domum & domicilium a filia mutari. *L. 32. D. ad municipalem.* Si dubites de mariti potestate, cogita, nuptias, per coëmptionem contractas, remanicipatione dissoluendas fuisse, quod SEXTVS POMPEIUS FESTVS comprobauit ^{c)}, sed non poterat remanicipari vxor, nisi quae fuisset in potestate & mancipio mariti. Praeterea usurpatione interdum liberabatur vxor a mariti potestate, si non per annum integrum in matrimonio mansisset, sed per trinoctium, primo anno, abfuisset a marito ^{d)}. Ex quo intelligitur, etiam in nuptiis, quae usu contractae erant, maritum usucapionis iure, si illa per usurpationem trinoctii non interrupta esset, potestatem in vxorem, more Quiritum, acquisuisse. Nolo verbosus esse in re manifesta. VLPIANVS enim certissimus auctor est, vxorem, per in manum conuentionem capitis deminutionem pati & mutare statum familiae paternae ^{e)}. Opportune NONIVS MARCELLVS monet, filias, quae nupsissent, ad domos maritorum transiisse, ideoque dici, sponas innubere, hoc est, e familia paterna transire in mariti potestatem ^{f)}.

Vides, exiisse filiam ex patris potestate, quae per conuentionem in manum translata est in familiam mariti. Quomodo igitur dicemus, reuerti filiam in patris potestatem, matrimonio soluto? Luculenter PAVLLVS, vinculum semel dissolutum restitui non posse, iudicauit, *L. 98. §. 8. D. de solution.* quod PAPINIANO etiam placuit. *L. 66. §. 1. D. de legat. 2.*

Solo igitur reditu & facto suo filia vidua non potuit reuerti in patris potestatem, si semel a patre fuit liberata. Odiosa fuit Romanis ea leuitas animi, qua illud redintegratur, quod semel consilio deliberato distractum est. Hinc PAVLLVS obseruauit, etiam filium adoptatum, si semel emancipatus sit, non posse per nouam adoptionem reduci in patris adoptiui potestatem. *L. 37. §. 1. D. de adoption.* In illis duntaxat negotiis quae mero consensu abfoluuntur, tacita voluntate redintegrari potest, quod facto aliquo infirmatum est. Hinc IULIANVS & MARCELLVS nuptias, quas consensus facit, redintegrari & renouari credunt, si, parentibus consentientibus, mulier ad eundem virum, dote nondum reddita, post

F 2

modi.

^{b)} TACIT. de Mor. Germ. cap. 19.

^{c)} FESTVS de verb. sign. in voce: remanicipata.

^{d)} GELLIVS Noct. Attic. Lib. III. c. 2.

^{e)} VLPIAN.

in Fragm. Tit. XI. §. 13.

^{f)} NONIVS MARCELLVS cap. 2. ex edition. Gothofred. p. 554.

modicum temporis intervallum, rediisset. *L. 18. D. de ritu nuptiar. & L. 33. D. eod.* Sed quamvis redintegretur matrimonium, muliere reuerfa ad maritum, noli tamen ex matrimonio argumentum ducere, quod *patria potestas* semel dissoluta, solo filiae viduae reditu, *redintegretur*. Nimirum potestas patria non *consensu* acquiritur, sed vel *natura*, si proles ex legitimis nuptiis nascatur, vel *adoptione & solemnitate*, quod *MODESTINVS* adnotauit. *L. 1. pr. D. de adoption.* Haec talia solo consensu renouari non possunt, sed semel dissoluta nouam solemnitatem aliquam aut iuris fictionem desiderant, vt iure plenissimo restituantur. Recte igitur *VLPIANVS* illum, qui semel a patria potestate liberatus est, negauit, *in potestatem honeste reuerti posse*, nisi *per adoptionem*. *L. 12. D. eod.* Expediti autem iuris est, adoptionem non mero consensu, sed vel principis iussu, vel auctoritate magistratus sustineri. *L. 2. pr. D. de adopt.* Quae quum ita sint, dicemus, filiam viduam, soluto matrimonio reuersam ad parentes, iure civili non recidisse sub patris potestatem, nisi adoptionis vinculo potestas patria re-fuscitata fuerit. Placuit enim, etiam feminas in locum filiae, imperio magistratus, aut principis rescripto, adoptari posse, *L. 21. D. eod.* quamuis olim, teste *VLPIANO*, feminae in comitiis per populum arrogari non potuisse videantur *g)*.

§. IV.

*Filia vidua
ad patrem
reuerfa iure
postliminii
non vitur,
sed magis
alumnae lo-
co habetur.*

Satis diu te tenui. Sed nondum licet mihi discedere a civili iure prius, quam illis respondeam, qui filias viduas, ad patrem reuersas, *iure postliminii* in patriam potestatem rediisse, tradiderunt. Hi autem *IUSTINIANI* fidem inuocant, qui liberos, ait, *captos ab hostibus & reuersos*, *iure postliminii* recidere in patris potestatem, quum fingatur, nunquam abfuisse, qui, captus ab hostibus, reuertitur in ciuitatem. *§. 5. l. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Posset forte hoc quibusdam verisimile videri. Constat, familiam reipublicae imaginem omnino habuisse, quum *patria maiestas* *b)* efficeret, vt familia formam & speciem aliquam ciuitatis habere censeretur. Maiestas enim, quae patri tribuitur, pertinet ad propriam formam ciuitatis. Itaque familia est quaedam ciuitas, cuius membra sunt liberi. Praeterea dissimulari non potest, filias a sponsis *raptas* fuisse e gremio parentum, exemplo Sabinarum, quas Romani rapuerunt. *TITVS LIVIVS* certe auctor est, plerasque nuptiarum cerimonias imitatione raptus Sabinarum introductas & usu posterorum frequentatas esse *i)*.

Igi-

g) *VLPIAN* in *Fragm. Tit. VIII. §. 9.* *b)* *LIVIVS* *Lib. VIII. c. 7.* *i)* *Idem* *Lib. I. cap. 9. Festus de V. S. voce: rapti.*

Igitur videri posset, filiam viduam, quae per *imaginariam* captiuitatem ad maritum translata est, si postea ad patrem reuersa sit, iure postliminii in ciuitatem familiae, patrisque potestatem rediisse, quasi nunquam abfuisset.

Verum enim vero frustra ab his, qui in bello capti sunt, argumentum trahitur ad sponfarum imaginariam captiuitatem. Si quis ab hostibus captus esset, *in suspenso* erat ius ciuitatis & familiae, vt reuersus omnia recuperaret, quasi nunquam ciuitatem amisisset. Sed filia, nuptiis contractis, propter conuentionem in manum prorsus a patris potestate liberatur, ad quam reuerti non potest, nisi per adoptionem. *L. 12. D. de adoption.* Nimirum *ducebatur* vxor a marito, *L. 15. D. de condit. & demonstr.* vt intelligeretur, illam, per conuentionem in manum quasi *abductam*, ex patris potestate exiisse *k)*. Ita Virgines Vestales, quasi *captae* a pontifice in imaginariam captiuitatem ducebantur, sed confestim in perpetuum a patris potestate, sine emancipationis ritu, liberatae censebantur *l)*. Quapropter quum non *suspendatur* patria potestas per imaginariam captiuitatem, sed in perpetuum dissoluatur, filia vidua reuersa ius postliminii non habet, sed per adoptionem demum recipitur in patris potestatem. *L. 12. D. de adoption.* Praeterea multum discriminis interest, inter illum, qui ab hostibus reuertitur in ciuitatem, & filiam viduam, quae, soluto matrimonio, ad patrem redit. Captiuus cum bonis ominibus & magna congratulatione bonorum omnium reuertitur in ciuitatem; filia vidua, contra spem & votum parentis, funesta familia, ad patrem confugit eiusque auxilium implorat. Qua causa non audemus fauorem captiuorum cum filiabus viduis communicare.

Itaque quum reuersa ad parentem nondum in potestatem patris redierit, censemus illam non *filiamfamilias* videri, quamuis a patre recepta sit, sed *quasi alumnam*, loco filiae in patris aedibus versari. *Alumnā* enim dicimus, quae a nobis alitur & educatur in familia, absque vinculo legitimae & perfectae potestatis. Ita *PLAYTVS* notauit prolem, quam quis

— — — — — *amicae suae*

Dedit, vt educaret eam pro filiola sua m).

IUSTINIANVS etiam commemorat *alumnam*, quae loco *filiae* habeatur, quamuis iuribus filiae legitimis & domesticis non vtatur. *L. 26. C. de nupt.* Denique *VLPIANVS* prohibuit, ne illa confestim *pro filia* haberi possit, quam iudex a patre ali & nutrir iussit, quum ex alimentorum praestatione

non

k) vid. *DEMPSTERVS* ad *ROBIN.* p. 177.

l) *GELLIUS* in *Noct. Att. Lib.*

cap. 12.

m) *PLAYT.* in *Cistellar. Act. 2. Scen. 3. v. 28.*

non recte iudicemus, illam, quae alitur, in nostra potestate esse. *L. 10. D. de his, qui sui vel alien. iur.*

§. V.

Germani no-
luerunt fili-
as viduas ad
se reuerti,
hinc orta do-
talitia. Sepa-
rabantur fi-
liae nuptae.
Solut conui-
ctus non pa-
re potesta-
tem.

Venio ad maiorum nostrorum instituta. Hi quidem *de filia in matri-
monium collocata semel* transigere volebant ^{u)}. Ideoque contra spem &
votum parentis accidebat, si filia vidua ad lares patrios rediret, quam *sepa-
ratis rationibus* uti in posterum voluerat, ne rel quis liberis, quibus non
dum prosperebat, spes hereditatis imminueretur. Non ignorabant hoc ma-
riti, ideoque in pactis dotalibus liberaliter consulebant vxoribus, quas in
societatem laborum & periculorum cooptauerant. Hinc forte orta *dotali-
tia*, Witthum, Leibzucht, Leibgedinge, etiam in illustribus familiis, vniuer-
sali Germaniae consue tudine recepta, ne vxor egeret post obitum mariti,
aut dotem ac donationem propter nuptias repeteret, cum magno incom-
modo familiae & successorum ^{o)}. Ita cauebant, *ne vxor vidua ad paren-
tem reuerti cogeretur*. Haec iura dotalitii olim incognita Romanis, quo-
rum vxores plerumque segnes & desides mariti bona luxu dissipabant & nu-
gis impendebant. Hac de causa marito mortuo olim duntaxat dotem re-
petebant, donec ipsis ab imperatoribus pars aliqua hereditatis assignata.
Contra, vxores Germanorum, sociae periculorum & laboris, augebant pa-
trimonium mariti, ideoque merito in communionem aliquam admittebantur,
& partem praediorum & fructuum post mortem mariti retinebant. Inter-
dum tamen ipsae vxores, viuis maritis, si non bene cum illis conueniret,
aut hi, militiae & peregrinationibus dediti, diutius abessent, maluerunt ad
suam originem reuerti ^{p)}.

Hae igitur, si reuersae fuerint, non poterant ad ius familiae & com-
munionem bonorum paternorum, a qua discesserant, redire. Enim vero
coëmebantur vxores & mariti q), ut appareret, quasi *mancipatione* facta,
dissolui ius patrum, & filiam nubentem non ad domum patris, sed mariti
pertinere.

Francorum filiae ex lege Salica subinde cum multis cerimoniis a fami-
lia paterna se abdicabant & maritum sequebantur ^{r)}. Plerumque illis cum
dote pars aliqua bonorum assignata. His rebus contentae esse & hereditate
paterna abstinere, vel si mallerent cum reliquis liberis succedere, omnia red-
dere atque ad communem hereditatem conferre iuebantur ^{s)}.

CARO-
LYS

u) TACIT. de mor. Germ. c. 19.

Bull. Tit. 25. §. 5. p. 48.

o) vid. 10. PETR. a LUDWIG ad Aur.
Baluzium Tom. I. p. 164. & Heinecc. iur. germ. Lib. I. Tit. 14. §. 326. Tom. I.
p. 269.p) vid. CAPIT. Pipini anni 752. c. 11. apud
NICOL. HIERON. a GYNDLING de emtione vxor. §. 3.
p. 2. & Praesid. Dissert. de arrha a sponsae hered. restit. §. 9.q) Lex Salica
Tit. 63. apud Lindenb. 10. p. 342.

r) ius prouinc. Sueu. Cap. 382.

Lvs IV. in aurea bulla, haec bona, quae filiabus nubentibus dantur, emancipationes appellauit, id est, bona, quae liberis emancipationis caussa tribui solebant, vt se ipsi pascere & deserere parentis domum s).

Saxones etiam non alieni fuerunt ab illis institutis. Cogitur enim pater filiae nubenti *bona materna* & aduentitia restituere, er soll ihr, wenn sie sich von ihm absondert, ihr sämtlich mütterliches Gut überlassen und wiedergeben. *R. Lib. I. Art. 11.* Praeterea, si filias a se prorsus separare velit, *partem bonorum illis assignat* pater, quibus se alere possint cum marito & *post obitum mariti.* Non raro etiam filia in iudicio renunciabat paternae hereditati, post illam *separationem.* Immo vero si non renunciasset, ad iudicium familiae erciscundae non admittebatur, nisi omnibus bonis redditis, quae pater, separationis caussa, ipsi attribuisset. Sondert ein Vater seine Tochter mit ihrem Gute ab, will sodann die verheyrathete Tochter an ihre unausgestattete Schwester Anspruch machen, so muß sie alle das Gut, womit sie abgesondert worden, in die Theilung bringen. Hätte sie auch auf ihr völliges Erbtheil daran Verzicht geleistet, so soll sie dessen entbehren u). *R. Lib. I. Art. 13.* Eiusdem moris vestigia obseruat *Serenissimus Elector Sax.* qui filiae, si iureiurando interueniente, hereditati paternae, parte bonorum accepta, renunciauerit, actionem denegat aduersus coheredes, quamuis pater postea dicatur locupletior factus esse. *Const. Elect. Sax. XXXV. Part. II.* Generaliter etiam placuit, si liberi maiores *rationes suas* a parentibus *separauerint*, wenn die Kinder, so ihre mündige Jahre erreicht, von denen Eltern sich geschieden, *patriam potestatem dissolutam* esse, & liberos pro personis sui iuris in republica haberi, da sich Kinder, so zu ihren mündigen Jahren kommen, von dem Vater mit Anstellung ihrer eignen Haushaltung und Nahrung scheiden, daß alsdenn solches für eine Emancipation zu achten, und derselben Wirkung haben soll. *Constit. Elector. Sax. X. Part. II.*

Satis, credo, ex his intelligitur, Germanos, & Saxones inprimis, noluisse filiam in matrimonium collocatam & bonorum parte data separatam, marito mortuo, ad patrem redire aut iure condominii pristini in patris familia versari. Quae quum ita sint, caue existimes, quod *filia vidua*, ad patrem reuersa, *iura filiae communia recuperet*, aut *recidat sub patris potestatem* u). In vtraque enim specie filia, si vel *separata* fuerit, bonorum parte accepta, vel tantum in mariti domum se contulerit, & separatam a patre oeconomiam instituerit, discessit e patris potestate, & priori casu ne quidem ad hereditatem patris redire potuit, nisi bonis omnibus, quae acceperat, collatis,

Forte

s) Arr. Bulla Tit. 14. §. 7.

u) CARPZOV. Part. II. Const. 10. Defin. 2. & 6.

Forte possit aliquis dicere, tolli *separationem*, si filia, ad lares paternos reuerfa, atque a patre recepta, ad *conuictum* eius admittatur. Sed supra compr. bauimus, illam, quae alitur & in conuictu nostro est, non credi sub nostra potestate constitutam esse, nisi patria potestas argumentis idoneis probetur. *L. 10. D. de his, qui sui vel alien. iur.* Sed luculenter Saxones constituerunt, filiam, bonis acceptis a familia seiunctam, non in patris familia sed *separatam* esse, quamuis *conuictu parentis* etiam postea utatur; es pondert ein Vater seine Tochter mit ihr in Gute ab, sie mögen sich in der Kost scheiden oder nicht, *ic. I.R. Lib. I. Art. 13.*

Quamuis igitur filia vidua ad lares paternos redierit & in hospitio eius versetur & *conuictu* patris utatur, quasi filia, ut nihil discriminis inter ipsam & filias interesse videatur, tamen filia vidua, semel separata, in patriam potestatem non rediisse censetur, sed *sui iuris* erit, ideoque etiam *testari* poterit, & bona suo arbitrio administrare, sine patris interuentu, & cum ipso patre contrahere de rebus mobilibus, quum nullo potestatis vinculo contineatur. Desiit enim *una persona* esse cum parente. Ex quo consequitur, quod nec ipsa *vsufructum* bonorum suorum parenti relinquere cogatur. Extremo negotia, quae a muliere soluta *in iudicio*, *curatore sexus* adhibito, administrari debent, solius patris naturalis auctoritate, non recte perficiet filia, sed curatorem a iudice confirmatum adhibere iubebitur. Neque enim pater filiae emancipatae curam sexus, ipso iure, apud Saxones nanciscitur. Ciuili quidem iure pater *legitimus* tutor est, si liberos *impuberes* emancipauerit. *§. 6. in fine I. quib. mod. ius patr. pot. solu. & tot. tit. de legit. parent. tutel.* Sed hoc non trahendum est ad filias adultas, quarum bona non ut pater administrat. *L. 6. §. 2. C. de bon. quae liber & L. fin. §. 3. C. eod. Ord. Proc. El. Sax. Tit IX. §. 1.* verbis: vor Kinder, so noch in väterlicher Gewalt sind. Placuit enim filiabus adultis & solutis, postquam a patre digressae sunt, *curatorem sexus in genere* a iudice compere te constitui, & nullam curatoris auctoritatem esse, nisi a iudice sit confirmatus. *Decis El. Sax LIX.* Hac de causa in specie, quam supra capite I. proposuimus, merito intercessionem vxoris viduae inutilem esse iudicauimus, quae, nullo curatore adhibito, patre duntaxat praesente, extra iudicium, pro heredibus mariti interuenerat, quum mulier soluta non possit intercedere, nisi admonita, in iudicio, explicatis beneficiis fidei iur. & curatoris sexus adhibita auctoritate. *Const. Elect Sax. XVI Part. II.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligitur, viduam, quae antea maritum secuta est, quamuis ad *patrem* redierit, ab eius potestate liberatam esse. Hac de causa dicendum est, quum solus patris *conuictus* potestatem non restituat, *adoptionis* vinculum requiri, ut honeste in patris potestatem reue-

reuertatur. *L. 12. D. de adoption.* Posset autem aliquis dicere, Germanos ignorare *solemnitates* veteris adoptionis, & in simplicitate naturae substituisse, quae liberos antea separatos, sed reuersos, videtur reuocare sub patris potestatem. Sed nihil moueor, quo minus credam, nostro etiam iure, filias viduas, semel separatas, non redigi sub potestatem patris, nisi interueniente legitima adoptione. Nimirum etiam in Saxonia expresse recepta sunt praecepta Romanorum in omnibus causis, ubi de patria potestate tractatur. *Sax. Const. Elector. X. Part. II.* Praeterea, etiam veteribus non prorsus incognita fuit sollemnis adoptio, a iudice subinde confirmanda. Saxones certe pacta successoria, quibus extraneo hereditas promittitur, seruari noluerunt, nisi in iudicio sint confirmata: Wenn sich einer Erbe zugesaget, nicht wegen Unverwandschaft, sondern, als ob ihm solches versprochen wäre, das soll man vor Unrecht halten, es könnte denn erwiesen werden, daß das Versprechen vor Gerichte vollzogen worden sey. *18. Lib II. Art. 30. x)* Multo magis igitur, si non hereditas duntaxat, sed plena patris potestas recuperanda sit, auctoritas principis & superioris desiderabitur.

Ceterum hoc facile largior, filiam viduam nonnulla iura, quae alias patri, iure potestatis, competunt, *pactione* in patrem conferre posse. *L. 132. D. de V. O.* Ita nemo dubitat, quin vsumfructum bonorum aduentitiorum patri naturali possit concedere pro alimentis. Ipsum vero ius patrium, cum pleno effectu & cum vinculo unitatis personae, nudo pacto non potest acquiri, nisi forma legitimae adoptionis obseruetur.

§. VI.

In patris igitur potestatem filia vidua non reuertitur, nisi *adoptetur*. *Filia vidua L. 12. D. de adoption.* Neque tamen prorsus omni fructu caret *reditus ius sanguinis* filiae viduae, si, post mortem mariti, ad patris conuietum admittatur. *retinet in patris familia* Praecipue enim *ius domicilii paterni recuperat*, si translata sede fortunarum, ad patrem reuertatur. *PAVLLVS* quidem, viduam mulierem amissi *et domicilium patris recuperat, citationes etiam recipere potest nomine parentis.* viri domicilium retinere, ait, *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* Sed hoc ita accipiendum est, si post mortem mariti persistat & maneat in domicilio mariti. Neque tamen *PAVLLVS* impedimento est, quo minus mulier vidua res suas & for unas in locum alium transferre possit. Translata autem sede fortunarum, constat, domicilium mutari. *L. 27. §. 1. D. eod. y).* Vna species excipienda est, si adhuc *beneficiis viduarum* in domicilio mariti fruatur.

x) vid. HEINECC. in iur. german. Lib. I. Tit. 7. §. 152. sq. p. 116. y) vid. DE BERGER in oeconom. iur. Lib. IV. Tit. 4. §. 1. not. 7. & in E. D. F. pag. 119.

tur. Tunc enim videbitur *duplex domicilium* habere, ut etiam in foro mariti efficaciter conueniatur. *L. 6. §. 12. D. eod.* Sed quid dicemus, si pater foro *priuilegiario* utatur. Videamus, an filia etiam vidua ad patrem reuersa ad priuilegium fori, quod parenti competit, denuo admissa censeatur. Constat, priuilegium fori, academicum in primis, etiam cum liberis, qui in patris conuietu sunt, communicari ²⁾. Itaque non dubito, quin vidua filia ad illud forum patris rediisse censeatur, atque etiam *curatorem* sexus accipere possit a iudice priuilegiario parentis. Hoc enim summam rationem habet. Fori priuilegium patri conceditur, ut a potestate magistratus inferioris & communis, qui plebem plerumque durius coercere solet, liberetur, ne conspectu lictorum & apparitorum intra lares suos terreatur atque perturbetur. Haec commoditas patribus subtraheretur, si liberi, qui in illorum conuietu sunt, a magistratu inferiori eiusque lictoribus terreri possent. Hoc si accideret, pater magis *per corpus liberorum* terreretur. *§. ult. I. de noxal. action. L. 1. §. 3. de iniur.* Igitur naturali rationi conueniens est, ne liberi in patris conuietu constituti, quamuis a potestate eius liberati, priuilegio fori paterni excludantur.

Certe iura sanguinis retinet filia vidua, quamuis sit emancipata, quum haec nulla ciuili ratione corrumpi possint. Itaque & heres erit patris, si accepta restituat & conferat, cum coherede diuidenda, nisi legitima ratione renunciauerit hereditati, ut supra a nobis obseruatum est.

Ex eodem *conuietus iure* deducitur, quod si pater in ius vocandus sit, filiae viduae citatio efficaciter insinuari possit. Nullum enim discrimen inter liberos, qui in conuietu sunt, admittitur. *Ord. Proc. Elector. Sax. Tit. IV. §. 2. verbis:* die Citation soll denen erwachsenen Kindern insinuiert werden, neque dubitari potest, quin etiam filia vidua, quamuis emancipata, inter patris liberos adultos recte referatur.

²⁾ DE BERGER loc. cit. §. 3. not. §. p. 938.



XCVII.

DISSERTATIO
DE
INTERCESSIONE
PRO DEBITORE MORTVO.

AD LEGEM XXII. D. DE FIDEIVSSOR. ET MANDATOR.

VITEMBERGAE, DIE MAII CXCICCLIV.

Lex XXII. D. de fideiussoribus & mandatoribus.

ELORENTINVS Lib. VIII. Institutionum:

Mortuo reo promittendi, & ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest: quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, & decuria, & societas.

§. I.

Vulgares amicitiae plerumque morte finiuntur. Qui diligentius colunt officia & bonae mentis studio ducuntur, illis, quod PLINIVS noster ait, sacrosancta est amicorum, etiam *demortuorum*, memoria ^{a)}. Malunt enim laudem constantiae tueri, & cauere, ne, quos *iudicio* amicos elegerunt, sola praesentis utilitatis cogitatione dilexisse videantur. MARCVS TVLLIVS ^{b)} Triarium suum, etiam *mortuum*, amavit, & liberis eius tutor fuit, & totam domum Triarii dilexit.

*Fideiussio
pro mortuo
hon. tissima
est.*

Igitur bene meritum de genere humano arbitramur FLORENTINVM, qui *fideiussores* etiam pro *debitore mortuo* admisit, & non inutilem esse diligentiam amici iudicavit, qui, nondum adita hereditate, memoria pristinae conjunctionis, *mortui* fidem intercessione sua liberauit, L. 22. D. de fideiussor. & mandator. Neque vero sine exemplo FLORENTINVS *mortuorum* curam amicis commendavit, quos plerique veteres in deorum cura esse & illorum numine defendi crediderunt. Ita enim naufragus ille mortuus, apud HORATIVM FLACCVM, deprecatur, ne nauta ipsum negligeret, sed, ut cogitaret, deorum sibi iram imminere:

G 2

-- pre-

^{a)} PLIN. Lib. VII. ep. 11.

^{b)} CICER. ad Atticum Lib. XII. ep. 28.

— — *precibus non linquar inultis,*

Teque piacula nulla resolvent c).

Dici non potest, qua sollicitudine prospexerint magistri artis nostrae, ne *defunctus aliqua iniuria* afficeretur. Praetor, apud *VLP IANVM*, promittit, se iudicium eo nomine daturum, si quis negotium gesserit *mortui* amici, ne quis ex pietate sua damnum aliquod sentiret, *L. 3. pr. D. de negot. gest. L. 12. D. eod.* Hoc *PAVLLVS* etiam placet, qui exactam diligentiam desiderat, in *mortuorum* negotiis administrandis *L. 13. D. eod.* Immo vero non meram negotiorum gestorum actionem imitatur, sed solutius aequitatem sequimur, si de illius pietate quaeritur, qui *mortui negotia*, ex communi voto bonorum omnium, suscepit. *L. 14. §. 13. D. de religios. & sumptib. funer.* Eleganter *VLP IANVS*, alio loco, nihil admitendum esse, ait, quod ad defuncti *contumeliam* pertinere possit, ideoque eum, qui defunctum funeravit, ne quidem expensas recuperaturum esse, iudicat, si *sumptus modicus in contumeliam* hominis locupletis factus sit, qui cum significatione honoris efferri debuisset. *L. 14. §. 10. D. eod.* Haec est *memoria humanae conditionis*, quam *MODESTINVS* heredibus commendat, ne quid omnino faciant, quod cum contumelia defuncti coniunctum esse possit, sed ut potius deserant defuncti voluntatem, si quid testator praeceperit, quod ipsi *contumeliosum* esse videretur, *L. 27. pr. D. de condition. institut.* Audiamus *LABEONEM*, qui ad heredis officium pertinere credidit, ne pateretur, ossa defuncti ex loco, in quem illata sunt, eiici, sine principis iussione aut pontificis decreto, sed ut *iniuriarum* actione eum conveniret, qui reliquias defuncti contrectasset. *L. 8. pr. D. de religios. & sumpt. funer.* *IULIANVS* enim auctor est, adquiri actionem iniuriarum heredibus, si corpus mortui ab aliquo detineatur, aut fama defuncti laesatur. *L. 1. §. 4. & 6. D. de iniuriis.* Praeterea *PAVLLVS* & *HERMOGENIANVS*, hereditatem, ut indignis, auferendam esse, praeceperunt, qui iniuriam, qua defunctus ab aliis adfectus fuerit, inultam esse passi sunt. *Officiose* enim circa mortui vindictam agendum est, & pietatis officium deferuisse iudicatur, qui defuncti contumeliam neglexit. *L. 21. D. de his, quae ut indign. auf. & L. 20. D. eod.*

Noluerunt igitur veteres, *defunctis* impune *iniuriam* fieri, sed, memoriam eorum pie inuiolateque seruandam esse, censuerunt. Inprimis vero prospiciendum esse visum est, ut *fides mortuorum* liberetur, quorum cineres pollui credebant, si bona ipsorum, post mortem, a creditoribus distraherentur. Itaque Lege Aelia Sentia cautum est, ut liceret debitori obaerato, seruum, quamuis creditores inde damnum sentiant, heredem necessarium instituere, qui aes alienum defuncti exsolueret, aut bona eius suo nomi-

c) *NORAT.* Lib. I. Od. 28. v. 33.

nomine venderet, ne defunctus iniuria afficeretur, §. 1. I. qui & ex quib. causis manumitt. non poss. & §. 1. I. de hered. qualit. & different.

Intolerabilis videbatur illa contumelia, si bona debitoris mortui, quasi decocta fide, a creditoribus, nomine defuncti, venderentur. Quapropter FLORENTINVS noster laudavit liberale fideiussoris ingenium, qui pro debitore mortuo intercessisset, ut macula & contumelia defunctum liberaret. Forte posset aliquis dicere, ridiculam & inanem fuisse veterum sollicitudinem, qua vindicarunt existimationem hominis mortui, qui, postquam semel fatis defunctus est, sensu rerum humanarum non attingitur, & cuius fere non interest, quocunque iudicio res eius post mortem aestimentur. Verum enim vero

Sunt aliquid manes. Letum non omnia finit d).

Qui solam rationem naturalem audiunt, vix sibi persuadent, plane ad mortuos non pertinere, quicquid de fama ipsorum a posteris constituatur. Omnes enim occulto quodam sensu compulsi, mirifice laborant, ne famae ipsorum, post mortem, obtrectatione aduersariorum, noceatur. Certe, quum facilis sit illa pietas, qua manes defunctorum placari & a contumelia defendi possunt, inhumanum esset detrectare officium, cuius denegatio mortuis, si illam contumeliam intelligerent, molesta & acerba esse posset. Nimirum, quod naufragus ille apud HORATIVM FLACCVM monet,

*Quamquam festinas, non est mora longa; licebit
Iniecto ter pulvere curras e).*

Quoniam igitur plerumque, non ita magno cum incommodo, defunctorum voto & desiderio satisfacere possumus, videtur cogitatio humanae conditionis postulare, ne subtrahamus nos officio, quod nobis non valde molestum est, & quod intelligimus a defuncto votis omnibus expetitum esse. Sed faciamus, quod plerique multis ex causis suspicantur, mortuos non intelligere, quae post mortem de fama & honoribus eorum, a viventibus circumferuntur, eosque, qui ex hac turba & colluvione ad diuinum illud animorum concilium coetumque profecti sunt, ne cogitare quidem, quae in his tenebris gerantur f), sed fructu & conspectu rerum incomparabilium a rebus humanis auocari; Certe tamen viventium interest, ut mortuis parcatur g). Ne credas, ad solos heredes rem illam pertinere. Totius humani generis & omnium bonorum commoditas in illa re versatur, ne defunctus iniuria contaminetur. Eleganter PAPINIANVS, etiam ex-
here.

d) PROPERT. Lib. IV. Eleg. 7. v. 1.

e) HORAT. Lib. I. Od. 28. v. 35.

f) CICERO de Senect. c. 23.

g) vid. PARDULPH. PRATEIVS in iu-

risprudent. vet. ad Legem Solon. III. in Thesaur. Otton, Tom. IV. p. 399.

heredatis filiis, ad quos hereditas defunctorum non pertinet, lugendi necessitatem imposuit, quum publice intersit, ne defunctorum memoria ab inimicis conspurcetur. *L. ult. D. de his, qui not. infam.* Nimirum omnes, ut supra diximus, hunc praecipuum inter res humanas fructum laboris & meritorum suorum anxie expectant, ut ipsis a posteris gratia reddatur, aut certe, ne post mortem pro benefactis indigna contumelia ab aduersariis afficiantur. Sed quum intelligant, impune mortuos laceffi, neminem ultorem & vindicem ob stare, quo minus defuncti existimatio contamine- tur, tunc vero commouentur omnes *uiui* & rem illam ad se pertinere ar- bitrantur. Metuunt enim, ne exempla illius iniuriae longius procedant, & ne ipsis etiam post mortem insidiantur aduersarii, a quibus ipsis fiat iniuria, quam curis omnibus & solitudine maxima subterfugere & arcere studue- runt. Huius doloris sensu etiam *uiuentium*, quos illa iniuria non proxime attingit, calamitates & solitudines mirifice augentur, & moriendi conditio, per se satis dura & perhorrescenda, fit intolerabilis, iniecto metu, ne post mortem, rebus omnibus amissis, etiam famae iacturam patiantur.

Parce igitur honori *mortuorum*, & dissensionis memoriam depone, ne superstites & omnes boni exemplo implacabilis & ferae crudelitatis ter- reantur.

§. II.

*Fideiussio
pro mortuis
& heredibus
& creditori-
bus inter
dum utilior
est, quam in-
tercessio pro
uiuis.*

Ex communi igitur voto bonorum omnium parcimus defunctis, & fidem ipsorum, si qua fieri hoc possit, gratia & auctoritate nostra libera- mus. Noli existimare, quod perditurus sis hoc beneficium, quod mortuo impendis. Maior necessitas exigit, ut mortuorum causam suscipias, quam ut *pro uiuis* intercedas. *Uiui* debitores ipsi rerum suarum satagunt, ratio- nes suas norunt & computare possunt, illasque cum amicis conferre, alio- rum auxilium & fidem implorare, mille exitus & vias inuenire, per quas ex illis difficultatibus & angustiis rei familiaris elabantur. *Mortuorum* causae a plerisque deferuntur,

— — diffugiunt cadis

Cum faece siccatis amici h).

Raro inuenitur, qui arcana consilia defuncti inspexerit penitus, & vires pa- trimonii, quas prudentissimus quisque diligentissime occultat, ita inuestiga- uerit, ut possit de illis confidere. *Heredes*, imprimis minores & pupilli, aut qui illorum tutelam & curam suscipiunt, rerum omnium ignari & se- cretarum rationum non participes, quum subito emergit onus aeris alieni, quasi fluctibus demersi, quorsum confugiant, quibus modis se extricent, non inueniunt. *Creditores* a multis aliis decepti anxie concurrunt, omnes

sibi

sibi vigilant & heredibus minantur, tota res familiaris in periculum adducitur, &, quasi impetu facto, perturbatur cum tumultu. In his necessitatibus rara & inaeestimabilis videtur opera amici, qui *fidem* suam *interponit*, heredes consolatur, creditoribus spem ostendit, nauem oppressam subleuat, &, saluis rebus omnibus, prudenti consilio, ex illa tempestate eluctatur. Res ante aliquot annos comprobata est exemplo. IAVOLENVS mercator, facultatibus patrimonii non mediocriter instructus, in nobili quodam Germaniae emporio a debitoribus suis circumuentus, quum nummos ad aes alienum confestim exsoluendum paratos non haberet, inducias a principe, *rescripto moratorio*, quod dicunt, impetrauerat, ut per sex menses quiescerent creditores, & parcerent opulento debitori, qui, intra illud tempus pecunias se corrasurum esse, promiserat. Nulla *heredum* mentione iniecta, rescriptum moratorium ad *solan* debitoris *personam* pertinere censebatur. *Mortuo* intra sex menses IAVOLENO, conuolabant omnes creditores, filiae relictæ acriter instabant, multi etiam, arresto impetrato, sibi prospicere studebant, crudeliter postulabant, ut bona venderentur. Filia superstes, inops consilii & imperita, hereditati parentis se immiscere non audebat. Res in discrimen adducta erat, filiae paupertas & egestas imminebat, creditores in illa rerum perturbatione, tantaque consilii inopia, de satisfactione desperabant. GELLIVS quidam, vir sagacissimus, cui cum IAVOLENO diuturnus amicitiae usus fuerat, qui hominis frugalitatem & peritiam nouerat, indignitate rei commotus, petebat a magistratu, ut sibi rationes inspicere liceret. Apparebat, hereditatem soluendo esse, &, impetrato laxamento temporis, periculum euitari, bonaque paterna & auita filiae seruari posse. Hac re perspecta, GELLIVS prodibat, fidem suam interponebat, atque ut satisfaceret rescripto GRATIANI, *L. 4. C. de prec. imper. offerend.* intra proximos tres menses se ipsum satisfacturum creditoribus, spondebat, suaque auctoritate & gratia efficiebat, ut, dimissa filia IAVOLENI, creditores solius GELLII sponforis fidem sequerentur. Hoc consilium non caruit prosperrimo euentu. Rebus enim omnibus feliciter administratis, aere alieno dissoluto, octoginta millia filiae superstiti seruata sunt ex copiis paternis. Haec igitur centum procos iam fastidiose repellabat, quae paullo ante cum extrema paupertate sibi colluctandum esse intellexerat. Creditores sortem cum fœnore recuperabant, omnes in GELLIO exemplum antiquae fidei & constantiae agnoscebant, ipsique, quasi vindici & liberatori filiae & ipsius Fidei gratias agebant. Ita vnus beneficio & fides instaurata & bona filiae, quasi ex naufragio, seruata, & creditores suum cum vsuris recuperauerunt, & domus antiqua atque opulentissima ad honorem ciuitatis restituta.

Habemus igitur, cur faueamus fideiussoribus, qui causam mortui defendunt, & cur alios ad imitationem illius virtutis excitemus. Multis certe
non

non ita moleſtum eſt illud officiũ, quod mortuis præſtatur. Vt quiſque eſt vir melior, ita magis accenditur deſiderio mortui amici, cuius contem-
platio, vt verbis M. MINVCII FELICIS vtar ⁱ⁾, quantum oculis ſubtracta eſt,
tanto firmius animo & intimis ſenſibus inhaeret, vt dolor carendi recorda-
tione prioris voluptatis augeri videatur ^{k)}. Hunc dolorem lenire commo-
dius non poſſumus, quam ſi omni genere officiorum pertinaciter cum cura
defungamur.

§. III.

*Interceſſio
pro mortuis
eſt negotio-
rum geſtio
poſt heredi-
tatem adita-
tam. Fideiuſ-
ſor heredum
negotia gerit
Hereditas ia-
cens ſuſtinet
perſonam de-
functi & he-
redis futuri.*

Expoſuimus, quam liberali & honeſto officio fungatur, qui *negotia*
mortui ſuſcipit & fidem defuncti liberat, ne bona a creditoribus vendantur.
Sed ante omnia proſpiciendum eſt, ne fideiuſſoribus *damnoſum* ſit illud be-
neficiũ, quo heredibus & creditoribus & ciuitati vniuerſae profuerunt.
Igitur expediendum eſt, *cuius negotium* gerat fideiuſſor, qui pro mortuo
ſe interponit, vt intelligamus, a quo recuperare poſſit illud, quod pro mortuo
impendit. Et prima quidem ſpecie videri poterat, ſemper damnoſam eſſe
fideiuſſori interceſſionem, qui, *ante aditam hereditatem*, nullo, nec debi-
toris mortui, nec heredis futuri, *mandato* inſtructus aut compulſus, *ſponte*
interuenit atque aeris alieni periculum ſuſcepit. PAVLLVS enim *mandati*
actionem fideiuſſoribus vult competere, vt efficaciter poſſint repetere, quod
propter fideiuſſionem exſoluerunt, *L. 20. §. 1. D. mandat. & L. 6. §. 2.*
D. eod. Sed ne cogitari quidem poteſt *mortui* mandatum, pro quo amicus
poſt fata ſponte interceſſit, neque *heredis futuri*, qui, nondum adita here-
ditate, deliberat & ipſe ignorat, quid conſtituere debeat de ſuſpecta & am-
bigua hereditate.

Enim vero quamuis mandati actio deficiat, tamen fideiuſſori, qui pro
mortuo intercedit, ad ſecuritatem videtur ſufficere, quod *negotia alterius*
gerenda ſuſcepit, cum magna ſpe certiffimae vtilitatis, ne bona a ſequeſtre,
aut iudice, aut creditoribus, diripiantur ^{l)}. Luculenter PAVLLVS fide-
iuſſori, quamuis mandatum debitoris non anteceſſerit, *negotiorum geſtorum*
actionem dari docet, *d. L. 20. §. 1. D. mandat.* MARCELLVS etiam apud
VLPIANVM hanc actionem fideiuſſori vult competere, quamuis nemo
mandauerit, ne diligentia amici, fidem noſtram liberantis. cum damno &
rei familiaris detrimento ſit coniuncta. *L. 3. D. in fine de negot. geſt.*

Nihil igitur obſtabit fideiuſſori impenſas repetenti, quo minus contra-
ria negotiorum geſtorum actione recuperet, quicquid pro mortuo exſoluit.
Nimirum etiam pro furioſo & pupillo & ignorante efficaciter intercedimus,
modo

ⁱ⁾ M. MINVC. FELIX in Octavio cap. I. ^{k)} PLIN. Lib. VIII. ep. 5. ^{l)} vid.
IOSEPH. FERDINANDEZ DE RETES excuſum analectorum Lib. III. ex-
cuſ. V. illatio I. circa fin. in Theſaur. Otton. Tom. V. p. 1269.

modo utiliter illorum negotia gerantur. *L. 25. D. de fideiussor & mandator. L. 3. §. 5. D. de negot. gest.* Idem IULIANVS etiam & PAVLLVS probauerunt. *L. 6 pr. D. eod. L. 37. pr. eod. m)* Abscisse GAIVS rem definit, qui quemlibet fideiubere pro aliis posse arbitratur, quamvis promissor, hoc est reus, & debitor, ignoret, alterum pro se intercessisse, *L. 30. D. eod.* Ne quis dubitare possit, in ipso edicto, quod de negotiis gestis propositum est, praetor, expressis verbis, mortuorum fecit mentionem, ut, si quis gesserit negotia, quae alterius, *quum moveretur*, propria fuerunt, hoc est, si mortui negotia suscepit, eo iudicio experiri possit, ne damnum ex beneficio sentiat. *L. 3. pr. de negot. gest.* Hoc VLPIANVS ita interpretatus est, ut, sicut in *viuorum*, ita etiam in *mortuorum* negotiis gestis detur haec actio & sufficiat, si utiliter coeperim mortui negotia administrare. *L. 12. §. 2. D. eod.* Vt, si viui negotia suscepim, ne intermittere quidem debeam mortui negotia continuare, sed coepta explicare & conseruare cogar, ne iura amicitiae, quae mihi cum viuo fuerunt, post mortem eius cum dedecore deseruisse videar. *L. 21. §. 2. D. de negot. gest.*

Competit igitur negotiorum gestori actio contraria, quamvis *solius mortui* contemplatione intercesserit. Enim vero lugemus etiam mortuum, quod PAPINIANS ait, quamvis corpus eius non appareat & quamvis ab illo exheredati simus, quum pietas quaedam, etiam mortuis, subinde debeat. *L. ult. D. de his, qui not. infam.* Sed, si vere rem aestimes, qui *pro mortuo* se interponit, magis *heredum* causam censetur suscepisse, ad quos omnis utilitas peruenit ex negotiis administrandis *n)*. Finge enim, hoc solo animo fideiussorem intercedere, ut *mortui famam* tueatur & existimationem eius macula liberet, hoc tamen non magis ad mortuum, quam ad viuos heredes pertinebit. Non inepte enim VLPIANVS iudicauit, contumeliam & dedecus defuncti ad heredum existimationem atque iniuriam spectare. *L. 1. §. 4. & 6. D. de iniuriis.* Ignoscendum est heredibus, qui, propter defunctorum contumeliam, erubescunt atque commouentur, quum intelligant, illos plerumque contemni, ad quos, cum patrimonio, etiam maculae & dedecorum hereditas, a maioribus propagata esse iudicatur *o)*. Quare parcendum est pudori heredis innocentis, quum etiam barbaris crudele

m) vid. GUILIELMVS FORNERIVS *Selectionum* Lib. III. cap. 24. apud Otton. Tom. II. p. 113. & Petrus Pantoia *de Aiata* Commentar. in L. fin. Cod. de aleatoribus, apud Ottonem Tom. IV. p. 1075. *n)* vid. JOSEPH FERDINANDVS DE RETES *Excursuum Annalescor.* Lib. III. excurs. V. Illatio I. in Thesaur. Otton. Tom. V. p. 1269. *o)* SYMMACHVS Lib. VII. Epist. 88. & Lib. VIII. Ep. 43.

dele visum sit, hereditarium exercere odium in heredes illorum, cum quibus nobis lites & controuersiae fuerunt p).

Ad heredes igitur pertinet, si quis pro *mortui* fama & existimatione intercesserit; sed multo magis *heredum* interest, si *patrimonium* defuncti hac intercessione conseruetur. Supra enim a nobis obseruatum est, multum referre, si fideiussor effecerit, ut heredibus laxamentum temporis ad rationes componendas, concedatur. *L. 7. §. 11. D. de administr. & pericul. tut.* Magnae interdum opes conseruantur, si heredibus, mora interiecta, spatium & quies detur, ut possint *opportunitates* aucupari & commodius res defuncti explorare; quum, contra, insignes diuitiae pereant, si res *impetu* &, quasi coorta tempestate, in concursu creditorum, multis praedae inhiantibus, administretur.

Itaque apparet, semper *heredum geri negotia* a fideiussoribus, qui pro debitore mortuo intercesserunt. Sed res aliquid difficultatis habet, si *nondum adita sit hereditas*, & fideiussor, quod plerumque fit, *iacente adhuc hereditate*, fidem suam interposuerit, ne defuncti bona a creditoribus vendantur. Nimirum, antequam heres adeat hereditatem, *incertum* est, ad quem peruentura sint bona defuncti debitoris. Posset vero dubitari, num negotia *incertae personae* geri possint, quum adhuc ignoratur, ad quem utilitas sit peruentura. Sed nihil hoc nos mouet, quo minus censeamus, etiam *incerti heredis* negotia geri posse a fideiussoribus, qui pro mortuo interuenerunt. Liberaliter enim POMPONIVS apud IULIANVM, itemque VLPIANVS & AFRICANVS, humanitatem fideiussoris interpretati sunt, ut detur ipsi negotiorum gestorum actio aduersus eum, *ad quem utilitas pertinet*, quamuis fideiussor *ignorauerit*, quis commodum & emolumentum aliquod habiturus sit ex sua fideiussione. *L. 6. §. 8. D. de negot. gest. L. 5. §. 1. & L. ult. D. eod.* Si quis enim Sempronii res administrauerit, quum putaret per errorem, illas ad Iauolenum pertinere, contra Sempronium, ad quem utilitas peruenit, negotiorum gestorum iudicio experiri potest. *dict. L. 6. §. 8. D. de negot. gest.*

Quae quum ita sint, per se patet, heredem fideiussoribus, qui pro mortuo interuenerunt, obligari, quamuis hi, tempore *iacentis hereditatis*, interuenerint, & quamuis ignorauerint, quis successurus sit defuncto. VLPIANVS certe omnem dubitationem diluit & negotiorum gestoribus aduersus *veros heredes* concedit actionem, quamuis fideiussores, qui pro mortuo aliquid soluerunt, alium heredem mortui futurum esse arbitrari sint. *L. 45. §. 2. D. eod.* Generaliter autem PAVLLVS illi, qui *pro mortuo* ali-

aliquid exsoluit, totam *mortui hereditatem* obligatam esse iudicavit, ut expensas ab herede futuro recuperare possit, etiamsi tempore solutionis ignorauerit, qui heres sit futurus. *L. 21. §. 1. D. de negot. gest.*

Heres igitur, *quicumque tandem fuerit*, sumptus restituet fideiussoribus, qui fidem defuncti liberarunt, quamvis *nondum adita hereditate*, neque refert, utrum fideiussor *mortui*, an heredis futuri contemplatione, intercesserit, quum sufficiat, utilitatem, illa fideiussione procuratam, ad heredem peruenire, & ipsam hereditatem fideiussori obligatam esse. Eleganter FLORENTINVS noster, hereditatem, ait, *vicem personae sustinere*, eaque de causa fideiussorem, etiam pro *hereditate iacente*, hoc est, ante aditam hereditatem, efficaciter intercedere, quia pro hereditate, quasi pro *persona* quadam ^{q)}, quamvis *incerta*, intercedat, *L. 22. D. de fideiuss. & mandator.* Quapropter superledere possumus difficili disputatione, quae multos interpretes ^{r)} exercuit, utrum hereditas *iacens* & nondum adita magis *personam defuncti*, an potius *personam futuri heredis* sustinere videatur. Vtrumque enim veteres dixerunt. GAIVS certe hereditatem iacentem dominam esse; ait, & *defuncti* locum obtinere, *L. 31. §. 1. D. de hered. instituend.* POMPONIO etiam atque VLPIANO placuit, hereditatem *dominum* vel *dominam* videri. *L. 15. pr. D. de interrogat. in iur. fac. L. 1. §. 1. D. si is, qui testam. liber.* Sed idem VLPIANVS & POMPONIVS, quicquid hereditati iacenti acciderit, *ad heredem futurum* referunt. *L. 13. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 43. D. eod.* POMPONIVS etiam alio loco luculenter, hereditatem, ait, *personam heredis futuri* sustinere *L. 24. in fine D. de nouationibus.* CASSIVS apud GAIVM tradidit, heredem, qui postea hereditatem adierit, videri statim testatori, *post mortem eius*, successisse, etiam ante quam hereditas ab ipso acquirereur. *L. 28. §. 4. D. de stipulat. seruor. L. 138. pr. D. de R. I.* IUSTINIANVS quidem dubitat & in *plerisque* causis hereditatem iacentem potius defuncti domini, quam heredis futuri, vicem obtinere, arbitratur. *pr. I. de stipulat. seruor. & §. 2. I. de hered. instituend.*

Sed haec, utcumque existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Satis est, utilitatem ex negotiis defuncti gestis cum ipsa hereditate ad heredem futurum postea transferri. Quapropter dicendum est, heredem negotiorum gestorum actione, utroque modo, conueniri posse, & nihil referre, utrum hereditas iacens defuncti, an heredis futuri personam,

H 2

susti-

^{q)} vid. IOSEPH. FERDINANDEZ DE RETES Excursuum analector. Lib. III. excurs. V. illatio I. in Thesaur. Otton. Tom. V. p. 1269. ^{r)} vid. IACOB. RAEVARDVS in commentar. de diuers. reg. iur. ad L. VI. de reg. iur. Oper. Tom. I. p. 146. Gerbard Noodt in Comment. ad Pandect. Lib. III. Tit. V. p. 98.

sustineat. Ipsa enim hereditas obligata est, & per hereditatem actiones ad heredem futurum transferuntur. *L. 1. §. 6. D. de iniur.*

Accepisti, quo iure utamur, si quis pro hereditate iacente et nondum adita intercesserit. Superest, ut videamus, cuius negotia gerantur, si quis, *post aditam* hereditatem debitoris mortui, absque mandato creditoribus satisfaciat. Neque vero potest dubitari, quin, post aditam hereditatem, heres omnino certus sit et hereditatis dominium acquirat. Ex quo apparet, solam *heredis* utilitatem in ea re versari, si debita hereditaria ab alio solvantur. Vnum tamen attinet adiicere, quod is, qui, post aditam hereditatem, fideiussit, nihil recuperet, si *prohibente herede* fidem interposuit, nisi cedantur ipsi a creditoribus actiones, ut aduersus debitorem postea experiantur. Generaliter enim constitutum est, *prohibentis & inuiti negotium geri non posse*, quod IULIANVS observauit. *L. 8. §. 3. D. de negot. gest.*

Hoc quidem iure utimur, si heres adierit hereditatem. Sed quid dicemus, si ille, cui delata est hereditas, postquam fideiussor pro hereditate iacente intercessit, vel hereditatem repudiet, vel illa abstineat, vel mediante inventario creditoribus restituat hereditatem. Permittitur enim heredibus, ut hereditari, intra annum, renuncient, modo nihil fraudis subesse videatur. *Decis. Sax. Elector. LVII.* Res ipsa loquitur, heredem, qui iuste renunciet hereditati, cum iure hereditario etiam onera & debita defuncti a se remouere. Igitur, si sine dolo malo & non intempestiue renunciatum sit, is, cui delata erit hereditas, intercessoribus aes alienum defuncti dissoluentibus non obligatus est.

Sed fideiussoribus ad securitatem sufficit, quod ipsam *hereditatem* habeant obligatam, negotiorum gestione. *L. 21. §. 1. D. de negot. gest.* Quapropter illis tenebitur quilibet, ad quem bona defuncti transferuntur. Orto etiam *concurso creditorum*, fideiussori locus assignandus erit, sed inter illos, quibus ex nudo contractu, vel quasi contractu, aliquid debetur. Cauebunt igitur fideiussores, ne creditoribus, qui praerogatiua aut iure reali forte muniti sunt, debita exsoluant prius, quam sibi ab his actiones & hypothecae in iudicio credantur, ut in locum illorum succedere & suum recuperare possint. Discederem ab hoc loco, nisi MODESTINVS me teneret, qui *L. 27. §. 1. D. de negot. gest.* negotiorum gestori negat actionem dari, si *pietatis respectu* amici res administravit. Forte alicui in mentem venire posset, eos, qui pro mortuis interueniunt, plerumque *pietatis* quodam sensu commotos intercedere, & hinc repetere non posse, quod pro aliis soluerint. Sed facilis est responsio, qua illam dubitationem diluamus. Nimirum sunt gradus quidam pietatis, qua defunctorum manes & super-

stite

stites amicos veneramus. Donatricem illam pietatem vix a coniunctissimis personis, cum quibus nobis summa necessitudo est, certa quadam fiducia expectamus. Sed ex verbis & factis eorum, aut aliis rebus, quae circumstant, colligere debemus, quo animo ad negotia nostra accessisse videantur. Extranei non facile alienam fidem liberant & suam interponunt, si, nihil recuperari posse, suspicentur. Pietatis officio se defunctos esse credunt, quod famae mortuorum consuluerint, quod venditionem bonorum prohibuerint, quod creditoribus restiterint, ne cum impetu & tumultu res gereretur, ideoque sperant, se damno carituros esse, quum auctoritate sua effecerint, ut heredes, mora iniecta, rationes suas commodius componere & res sublapsas subleuare possint. Si quis vero pro mortuo debitore interuenerit, cuius hereditatem *sciuit* non soluendo esse, & ne partem quidem debiti recuperari posse, dubitari non potest, quin animo donandi intercesserit, nihil ab heredibus repetiturus.

§. IV.

Vidimus, quomodo succurri possit fideiussoribus, qui liberali beneficio pro mortuis interuenerunt. Sed ne effectum careat fideiussio, inspiciendum est, quomodo compelli possit fideiussor ad implendam fidem, quam pro mortuo interposuit. Nimirum in eo quidem omnes consentiunt, si extraneus pro mortuo sponderit, totamque eius obligationem suscepit, illum *actione* fideiussoria ex stipulatu ¹⁾, non secus, atque illum, qui debitum alienum constituit, efficaciter conueniri posse. Vna dubitatio superest, an *beneficio inuentarii*, ex persona heredis, uti possit, qui pro debitore mortuo, seu hereditate iacente, intercessit. *Heredum enim personae* benignius prospexit *imperator*, ne, si repertorinm sine fraude fecerint, *ultra vires hereditatis* teneantur. *L. 22. §. 4. D. C. de iure deliberand. & sec. Elect. Sax. L. VII.* Sed constat, fideiussoribus *easdem exceptiones* dari, quae ipsis debitoribus competunt, quod *IULIANVS* atque *VLPIANVS* docuerunt. *L. 15. pr. D. de fideiuss. & mandator. L. 32. D. eod. 1)* Generaliter enim placuit, fideiussorem non posse *in durio rem causam* accipi. *L. 8. §. 7. D. de fideiussor. & mandat. 2)* Quapropter videri posset, fideiussorem non secus, ac heredem, beneficio *inuentarii* defendi, neque compelli posse ad *integra debita* soluenda.

Verum enim vero, nihil his rebus moueor, quo minus credam, fideiussorem creditoribus hereditariis, apud quos fidem interposuit, integra debi-

1) vid. *PARDULPHI PRATEII catapodismōv* Lib. I. catapod. 2. cap. 2. in Thesaur. Euerhard Otton. Tom. III. p. 505. 2) vid. *OSIVS AVRELIVS* de variantibus Cuiacii interpretationibus Disputat. LI. in Thesaur. Otton. Tom. III. p. 800.

3) *LVDOVICVS VITALIS* Lectionum variarum Lib. II. cap. 23. n. 11. apud Otton. Tom. II. p. 691.

integra debita soluere debere, quamvis vires hereditatis non sufficiant. Nimirum *exceptio inuentarii personae heredis*, eiusque ossibus, inhaerer. Crudele enim videbatur, heredem, si ingens aes alienum subito emerferit, pro lucro, quod speravit, damno affici & proprium patrimonium perdere, propter culpam alienam. *L. 22. ff. 4. C. de iure deliberand.* Sed *exceptiones*, quae *personae* debitoris cohaerent, *non transeunt ad alios* & ne fideiussoribus quidem profunt, quod PAVLLVS comprobavit. *L. 7. pr. D. de exception.* Certe nec *beneficium competentiae*, quod debitoribus nonnullis datum est, fideiussori tribuitur, qui integra debita soluere tenetur. *dict. L. 7. pr. D. de exception.*

Igitur dicemus, eum, qui pro hereditate intercessit, etiam *ultra vires hereditatis* obligari, ne creditorum facilitas fideiussorum calliditate deludatur. Si enim vere rem aestimes, ille, qui beneficio inuentarii utitur, fatetur, *hereditatem*, pro qua fideiussit, *non soluendo esse*. Sed expeditum est, si debitor principalis non soluendo sit, fideiussorem simpliciter compelli ad solutionem. Accipimus enim fideiussores, ut diligentius nobis cautum sit, hoc est, ut securi simus, si debitor non sit soluendo. *pr. I. de fideiussor.* Quae vero esset illa securitas, si nihilominus fideiussor, a creditoribus interpellatus, absolueretur, quum diceret, vires hereditatis non sufficere ad integra debita exsoluenda? Ita deciperentur creditores hereditarii, qui fidem intercessoris secuti sunt. Hi enim diffidebant heredibus, & metuebant, ne illi, propter suspectas vires hereditatis, obtentu inuentarii, solutionem detrectarent. Videlicet qui pro hereditate interuenit, promittit sua fide & periculo futurum esse, quicquid hereditas deberet, ideoque se de suo soluturum, si hereditas non sit soluendo.

Neque vero dici potest, quod fideiussor in duriores causas acceptus videatur, qui promissit, se integra debita exsoluturum esse. Ipse enim debitor mortuus eiusque hereditas, quae mortui personam sustinet, ad *integra* debita soluenda obstringebatur. Quae igitur iniuria est, si idem illud a fideiussore petimus, ad quod soluendum principalis debitor se obligauerat, cuius obligationem suscepit fideiussor? Quae quum ita sint, *remoto beneficio inuentarii*, fideiussor solidum soluere cogetur, quamvis bona hereditaria non sufficiant ad integra debita soluenda.

Sed quid dicemus, si fideiussor, qui pro debitore mortuo aut pro hereditate intercessit, postea apertis tabulis testamenti a debitore *heres* institutus sit & *adeat hereditatem* debitoris? Forte posset aliquis existimare, fideiussorem iam *duplicem* personam sustinere, & quia hereditatem debitoris adiit, *heredis iure* uti posse, ideoque nunc quidem, ut heredem, *beneficio*

ficio inuentarii defendi, ne ultra vires hereditatis teneatur. At vero certius est, fideiussorem, qui antea ex promissione sua ad *integra* debita soluenda obstrictus erat, non posse *suo facto* deteriore reddere conditionem creditorum. Hereditatem enim sua quisque voluntate vel adire, vel repudiare potest, quapropter iniquum esset, fideiussorem aditione hereditatis voluntaria obligationem suam imminuere, quum antea, ut fideiussor, ultra vires hereditatis, ad *integra* debita soluenda compelli potuisset.

Integra igitur debita exsoluet ille, qui pro mortuo fideiussit, quamuis ipse postea adierit hereditatem debitoris. Sed grauer obstat nobis IULIANVS, qui fideiussorem negat, ut fideiussorem, conueniri posse, si *heres* factus sit ipsius debitoris. Fideiussoris enim obligationem, ait, esse *accessoriam* & minus plenam, qua carere possumus, si fideiussor, ut *heres*, directa & principali actione teneatur. Audiamus verba IULIANI: qui heres factus est eius, pro quo interuenerat, liberatur ex causa fideiussionis, atque, ut *heres*, solummodo tenetur. Plenior enim est obligatio heredis, quam fideiussoris, quapropter fideiussoria, ut minor, perimitur per maiorem heredis obligationem. *L. 5. pr. D. de fideiussor. & mandat. & L. 14. D. eod.* Non minus luculenter PAPINIANVS ait, *fideiussoriam obligationem* perimi, si fideiussor fiat heres debitoris. *L. 50. D. eod. x)*

Si vera essent, quae IULIANVS & PAPINIANVS tradiderunt, fideiussor, qui debitoris heres factus est, non ut fideiussor, sed ut heres duntaxat, conueniretur, eaque de causa *beneficio inuentarii*, ut heres, uti posset, aduersus creditores. Sed obseruandum est, quae IULIANVS & PAPINIANVS docuerunt, ad ius antiquum pertinere, quum olim heres non minus, ut fideiussor, etiam ultra vires hereditatis, obstrictus fuerit ad *integra* debita soluenda y). Hinc inutilis fuit fideiussoria actio, quum fideiussor, ut heres directa actione compelli posset ad soluendum. Sed haec mutata sunt ab *imperatore*, qui *heredibus beneficium inuentarii* concessit, ne ultra vires hereditatis tenerentur. *L. 22 § 4. C. de iur. deliberand.* Post hanc legem *imperatoris* plenior est fideiussoris obligatio, qui *integra* debita soluere cogitur, quam obligatio heredis, quem *ultra vires hereditatis* non vrgeri posse, constituit IUSTINIANVS.

Ex his igitur, quae adhuc disputata sunt, apparet, hodie obligationem fideiussoriam non perimi, quamuis fideiussor successerit debitori principali. Duae enim obligationes, quarum altera est pinguior, simul consistere

x) FRANCISC. MARSI GORDONII Praetermissa cap. XIV & XV apud Ottonem Tom. II. p. 875. seq. y) vid. DE VIDERIVS HERALDVS de r. iudicatar. auctor. Lib. XI. cap. 24. §. 25. in Thesouro Otton. Tom. II. p. 1281.

sistere possunt, vt minor per maiorem augeatur, nec praesumatur animus nouandi & perimendi priorem obligationem. *L. 8. C. de nouat. & delegat. & Decis. Elect. Sax. LXVI.*

Persisto igitur in ea sententia, fideiussoris obligationem pleniorē esse, ipsumque ad integra debita soluenda, ultra vires hereditatis compelli posse, quamuis postea adierit hereditatem debitoris. Illud tamen largior, quod fideiussor, qui debitori successit, aduersus *coheredes* iudicio negotiorum gestorū aut familiae herciscundae experiri possit, vt hi pro portione hereditaria fideiussori restituant, quod pro debitore fuit exsolutum. Hoc enim MARCELLVS & VLPIANVS docent. *L. 24. D. de fideiussor. & mandat. L. 18. §. 3. D. famil. herciscund.*

§. V.

*Vxor vidua
si inutiliter
fideiussorit
tamen tene-
tur vt heres
mariti. Por-
tio statuta-
ria non debe-
tur nisi solu-
to aere alie-
no.*

Satis, credo, comprobauimus, fideiussorem, qui postea debitori mortuo successerit, non *vt heredem*, sed vt fideiussorem conueniri, quum pinguior sit actio fideiussoria, quam directa ex contractu debitoris. Sunt tamen quaedam species, in quibus, *si fideiussio sit inutilis*, ille, qui pro defuncto intercessit, potius vt heres, quam fideiussoria actione, ad solutionem compellitur. In primis, si *uxor vidua* pro marito mortuo, in prima luctus tempestate, nudis verbis fideiussorit, plerumque *inutilis* est *fideiussio*, quod capite sequenti ostendemus. Sed finge illam, quod non raro accidit, vel ex asse *heredem esse*, vel in *partem quotam* titulo vniuersali successisse. Res ipsa loquitur, quamuis ex fideiussione conueniri nequeat, tamen actioni directae ex contractu, post aditam hereditatem, in uxorem viduam, quasi in heredem debitoris, locum dari, ad aes alienum defuncti dissoluendum. Enim vero inanis est fideiussoria aduersus mulierem actio, quum haec SCTo Velleiano defendatur, sed per inanem obligationem non potest vera infirmari, qua mulier, vt heres, obstringitur ad debita mariti. Recte igitur MARCELLVS scribit, si inutilis sit prior obligatio, qua mulier intercessit, *restitui* pristinam creditori actionem, quae, per nouationem a muliere factam, sublata videbatur & *restitutoria* actionem dari in debitorem & heredem eius, vt debitum soluatur. *L. 8. §. 9. D. ad SCTum Vellei.* Hanc actionem DIOCLETIANVS rescissoriam appellat, *L. 16. C. eod.* quasi rescindatur nouatio & mulieris intercessio, vt creditor *actione directa* aduersus debitorem eiusque heredes experiri possit.

Immo vero ne quidem opus actione restitutoria, si inanis est vxoris viduae fideiussio. Ipso enim iure adhuc subsistit vetus actio in debitorem, ideoque nulla necessitas exigit, vt creditori restitutoria & rescissoria actione succurratur. Scite igitur obseruat VLPIANVS, si mulier, quae fideiussit,

iussit, veteri debitori successerit, non solum restitutoriam actionem in mulierem dari, sed etiam directam, quasi in heredem debitoris, quum mulieris non interfit, qua actione a creditoribus conveniatur. *L. 8. §. 13. D. ad SCtum Velleian.*

Conuenitur itaque vxor vidua, quae pro marito mortuo se interposuit, quamuis inutilis sit fideiussio. IULIANVS enim recte monuit, quum vxor lucrum si eret ex hereditate, per aditionem hereditatis vxorem non tam suscepisse alienam mariti obligationem, quam potius directe teneri ex contractu debitoris, in cuius personam & obligationem iure hereditario successit. *L. 15. D. ad SCtum Velleian.* Frustra igitur mulier inuocat SCti Velleiani auxilium, si post intercessionem agnouit mariti mortui hereditatem. Quapropter non dubito, quin vxor, quae, deficientibus aliis heredibus, ex edicto praetoris *unde vir & vxor*, bonorum possessionem petierit, a creditoribus compelli possit ad solutionem. *L. unic. D. unde vir & vxor.* Neque femina, quae semel agnouit hereditatem debitoris, *beneficio restitutionis in integrum* fruatur; quum, teste POMPEONIO, mulier iuribus *minorum* non per omnia gaudeat, sed efficaciter conveniatur a creditoribus defuncti. *L. 32. pr. D. ad SCtum Velleian.*

Mense Decembri superioris anni Ordini Ictorum Vitenbergensium oblata est eiusmodi species. Vxor vidua, quum, mortuo marito, creditores conuolarent, ut bona mariti venderentur, praesente & consentiente patre suo, intercesserat hac formula, ne auferatis mihi domum, creditores, omnia soluantur; nehmen sie mir das Haus nicht weg, es soll alles bezahlt werden, oder ich will alles bezahlen. Vxor, quum actione pulsaretur, fidem SCti Velleian. inuocabat. Responsum est, actioni locum non esse, nisi probaretur, vxorem viduam mariti hereditatem adisse. Daß Klägers Suchen nicht statt hat, er könnte und wollte denn, daß Beflagten's Principalin ihres verstorbenen Ehemanns Erbin worden, binnen Sächsl. Frist, wie recht, erwessen, dessen genosse er billig. &c. In specie non dissimili Curia provincialis Vitenbergensis in proximo termino Erhardi huius anni, actorem, qui non allegauerat, vxorem mariti heredem esse, propter SCti Velleiani auctoritatem, a limine iudicii repulit, hac formula, daß die Klage, immassen sie anbracht, nicht statt hat. Apparebat enim, inutilem esse vxoris fideiussionem, si illa hereditatem mariti nunquam adisset.

Ut heres igitur tenetur vxor, quae pro mortuo marito, nudis verbis intercessit, quamuis inutilis sit intercessio. Quid vero fiat de vxore, quae ex *Novella CXVII. capite 5. quartam patrem*, vel, portionem virilem, si cum pluribus coheredibus concurrat, ex bonis mariti mortui lucratur.

An dicemus, illam, quasi heredem mariti, pro parte hereditaria a creditoribus conueniri posse? Haec quaestio discrimen aliquod admittit. Si enim cum liberis succedat vxor, quartam partem, vel virilem portionem, *iure ususfructus* duntaxat, salua liberis substantia, lucratur. *dict. Nou. 117. cap. 5.* Sed qui vsumfructum habet ex defuncti bonis, non est heres, sed iure singulari admittitur ad personalem aliquam commoditatem. Itaque in hac specie vxor vidua creditoribus, vt heres, non videtur obligata esse.

Aliud vero dicendum esse censemus, si vxor, non extantibus liberis, cum aliis heredibus concurrat ad mariti mortui hereditatem. Tunc enim portionem ex bonis mariti, iure pleni dominii, non tamen certam duntaxat *quantitatem*, sed *partem quotam* totius hereditatis nanciscitur, vt censi ferri possit, vxorem non titulo singulari, sed iure vniuersali, tanquam heredem, ex quarta parte succedere mortuo marito. Hac de causa non inepte dici posset, vxorem viduam pro parte quarta a creditoribus mariti recte conueniri. Sed obiicitur tamen creditoribus, imperatorem, in *dicta Nouella CXVII*, disertis verbis praecipere, vt vxori, cum cognatis concurrenti, pars quarta, *iure dominii*, relinquatur. Constat autem, *dominii* titulum *singularem* esse, & *vniuersali* titulo hereditatis ita opponi, vt cum titulo dominii non coniuncta sit obligatio aeris alieni, quod defunctus contraxit, dissoluendi.

Quamcunque sententiam arripueris, illud tamen expeditum est, vxori quartam partem *ex bonis defuncti* in Nouella assignari. Sed *bona* non intelliguntur, nisi quae, *deducto aere alieno*, supersunt ex substantia defuncti, quod eleganter PAVLLVS noster obseruauit. *L. 39. D. de V. S.* Quae quum ita sint, disputatione vix indiget, vxori de quarta portione decedere quartam partem aeris alieni, quamuis inuuliter pro marito fideiussert.

Ostendimus, quomodo & quo effectu vxor *iure ciuili* succedat marito. Superest, vt de *iure Saxónico* exponamus, quod non minus liberaliter vxoribus viduis prospexit. In primis vero admonendum est, *iure Saxónico Electorali* vxori *portionem statutariam* non deberi, nisi, *collatis bonis omnibus vxoris*, verbis: *iedoch soll sie alle ihre eingebrachte, angeerbte und andere Güther, zusamt der Gerade, in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn.* *Const. Elect. Sax. XX. Part. III.* Ex hoc loco intelligitur, vxoris portionem statutariam non ad mera *lucra* referenda esse, sed, *collatis bonis omnibus*, *oneroso titulo* adquiri, ideoque illam ad vxorem, *iure communione & condominii*, per collationem adquisiti, pertinere. Posset igitur videri, portionem statutariam *tituli singularis* habere rationem, eaque de causa aes alienum mariti cum vxore non communicari.

2) certe, & plerique interpretes a), tradiderunt, hanc portionem ante omnia ex bonis mariti deducendam esse, quasi aes alienum a lege constitutum, quod iure perfecto vxori debeat. Hinc ne liberorum quidem portio legitima recte exsolui posse visa est, nisi, deducta portione statutaria, quae matri vel nouercae ex legis dispositione tribuatur b). Ex hoc fonte deducitur, quod vxor etiam legatariis & fideicommissariis non obstricta sit, qui solum heredem habent obligatum.

Vicunque haec existimaueris, certe lex Saxonica diserte praecipit deducto demum aere alieno, nach Ablegung oder Bezahlung derer Schulden, portionem statutariam deberi. Const. Elect Sax. XX Part. III. Ex quo consequitur, vxorem portionis suae deminutionem pati c), propter debita mariti, quamuis non efficaciter pro illo intercesserit.

§. VI.

Quoniam vxoris viduae mentio a nobis iniecta est, non alienum erit ab hoc loco disputare, quomodo vxor vidua cum pleno effectu interueniat pro marito mortuo. CARPZOVIVS quidem, constitutum aut intercessionem vxoris viduae pro marito mortuo, nisi iureiurando confirmetur, vix actionem parere, qua creditores experiri possint, arbitratur. Ait enim, soluto quamuis matrimonio & defuncto marito, tamen amorem & respectum conjugalem non tam cito cessare, hinc vxorem, quae pro marito mortuo interueniat, non tam pro extraneo, sed potius pro marito, quamuis mortuo, fidem suam interponere, ideoque parum referre, pro viuo, an pro mortuo, fideiusserit d). Est hoc aliquid, fateor, & dignum videtur argumentum, quod breuiter excutiamus. Desiderium mortui mariti vxoribus viduis, etiam pudicis & bene animatis, plerumque est intolerabile. Quanto enim iucundius fuit matrimonium, tanto acerbior est carendi dolor, quod PLINIVS noster comprobauit e). Ex hoc desiderio profectum est illud famosum, in lapidibus sepulchralibus inscriptum:

INCOMPARABILI. MARITO
CONTRA. VOTVM. VXOR. POSVIT - f)

aut

CVM. DOLORE. INSCVLPI
IVSSIT. VXOR - - g)

I 2

&

2) CARPZOV. Part. II. const. XXXII. def. 22.

Part. I. quaest. 3. num. 12. & alii passim.

const. XXVIII. def. 100.

c) CARPZOVIVS Part III. const. 20. def. 46.

d) CARPZOV. Part. II. const. XVI. def. 3.

e) PLINIVS Lib. VIII. ep. 5.

f) GRVTER. oper. Interpr. Tom. II. pag. 1139. num. 14.

dem num. 15.

a) vid. MODEST. PISTORIS

b) CARPZOVIVS Part I.

c) CARPZOVIVS Part III. const. 20. def. 46.

e) PLINIVS Lib. VIII. ep. 5.

f) GRVTER. oper. Interpr. Tom. II. pag. 1139. num. 14.

g) idem ibi-

& quae sunt aliae mulierum in sepulchris coniugum querelae. Inter omnes insignior est querela Furiae apud GRUTERVM:

ITA. PETO. VOS. MANES. SANCTISSIMI
COMMENDATVM. HABEATIS
MEVM. CARVM. ET. VELITIS
HVIC. INDVLGENTISSIMI. ESSE
HORIS. NOCTVRNIS
VT. EVM. VIDEAM. *b)*

PETRONIVS habet matronam Ephesinam, tam notae pudicitiae, ut vicinarum quoque gentium feminas, ad sui spectaculum, euocaret. Haec non contenta vulgari luctu, in conditorium etiam maritum profecuta est, positumque corpus in hypogeo, dies noctesque custodire ac flere coepit, & quum *desiderium* extincti mariti non posset pati, vitam inedia finire voluit, ut nec parentes possent abducere, nec propinqui, neque ipsi magistratus *l)*. Ista perturbatio animi videtur efficacior ad muliebre ingenium flectendum, quam omnes blanditiae viuentis & superstitis mariti. Enim vero tunc demum bona nostra intelligimus, quum praeterierunt. Quapropter ne *absentiam* quidem maritorum, quamuis esset spes reditus, matronae semper ferre potuerunt. Sulpicia, quum a matre Iulia diligentissime custodiretur, ne Lentulum Crustellionem, virum suum, proscriptum a triumviris, in Siciliam sequeretur, nihilo minus, famulari veste sumta, cum duabus ancillis, totidemque servis, ad eum clandestina fuga pervenit. Nec recusavit se ipsam proscribere, ut ei fides sua in proscripto coniuge constaret *k)*.

Ex his quidem satis intelligitur, *suspectam* esse coniugum pro mortuo marito fideiussionem, neque creditorem satis tuto posse confidere, illa, quae in prima luctus & desiderii intemperie gesta sunt, animo serio & deliberato a muliere administrata esse. Sed haec perturbatio animi & hae querelae, ut pleraque illa, quae cum imperu & tumultu coniuncta sunt, post exiguam moram deficiunt, & si spes recuperandi non appareat, ipsa temporis diuturnitate mitigantur, & certe post diem tricesimum, quem debitores expectare debent, plerumque deferuescunt. Facile admittitur illa consolatio ancillae apud PETRONIVM: „Quid proderit hoc tibi, si soluta inedia fueris? si te vivam sepelieris? si, antequam fata poscant, indemnatum spiritum effuderis? Id cineres, aut manes, credis, sepultos sen-

b) GRUTER, oper. Inscript. Tom. II. p. 786. num. 5.

l) PETRON. Satyri.

con c. III.

k) VALER. MAXIM. Lib. VI. c. 7. n. 3.

„sentire? Vis tu, reuiuiscere, reluctantibus fatis, extinctum? Vis, discusso muliebri errore, quam diu licuerit, lucis commodis frui? Ipsum te iacentis corpus commouere debet, ut viuas. 1) „

Ita expugnatur mulierum pertinacia, ut maliant sibi viuere, seque & suos pascere, quam luctu & memoria mortui mariti animum frangere & corpus consumere.

Facillime autem, si nouo quodam amore & blanditiis viuorum attingantur, memoriam superioris temporis dimittunt. Haec enim cogitatio

— — paullatim abolere Sichaeum

L. cipit & uiuo tentat praeruertere amore

Iam pridem resides animos, desuetaque corda m).

Omnes gaudent, Legem Iuliam miscellam & indictionem viduitatis sublatam esse, cuius necessitatem olim mariti vxoribus testamento imponebant. *L. 2. C. de indict. viduit. & Nou. XXII. c. 43. & 44.* Non paucae tam cito elugebant virum, ut praetor poena infamiae illas terrere cogeretur, quae intra annum luctus nuberent & intempestiue deponerent memoriam mariti. Hoc enim NERATIUS apud VLPIANUM obseruauit. *L. II. ff. 1. & 3. D. de his, qui not. infam.* Olim oblitterati sunt mores Germanorum & seuera illorum instituta, ut virgines tantum nubant & cum voto vxoris semel transigatur, omni spe secundi matrimonii sublata n). Clytaemnestra apud SENECAM tragoedum perfidiam hoc titulo excusat, quod mulieres, amore alio sollicitatae, pati non possint absentiam mariti.

Decem per annos vidua respiciam virum? o)

Ne credas, hoc ad solam Clytaemnestram pertinere. Audiamus illam apud PLAUTUM p):

Credo ego miseram fuisse Penelopen,

Soror, suo ex animo; quae tamdiu vidua

Viro suo caruit. Nam nos eius animum

De nostris factis noscimus, quarum viri hinc absunt.

Intra luctus tempus plerumque simulant & obrendunt memoriam pristini mariti. Hoc prodit illa Panegyris apud PLAUTUM:

Nolo ego, soror, me credi esse immemorem viri q).

Vt

1) PETRONIUS c. III.

CIT. de Mor. Gerin. c. 19.

v. 156.

loc. cit. v. 47.

m) VIRGIL. Aeneid. Lib. I. v. 724.

o) SENECA in Agamemnon. Act. 2. Scen. 1.

p) PLAUTUS in Stichus Act. 1. Scen. 1. v. 1. sq.

q) PLAUT.

Vt quaeque est improbior, ita facilius recordationem pristini matrimonii exuit, & suo *lucro* intenta est, ne cum mariti morte etiam rei familiaris & patrimonii iacturam patiatur. Sancta illa matrona ephesina apud PETRONIVM facile exorata est a milite, ut cadauer defuncti viri, quem incontinentissime lugere credebatur, *in cruce* deponi pateretur a milite, militis conseruandi causa. Hic enim cruces, quibus latrones affixi erant, custodire iussus erat. Interea, vitio humani ingenii, ad matronam, quae maritum insane lugebat, omissis crucibus, in conditorium delapsus & amore eius retentus, postea reuersus intellexit, vnius corpus de cruce detractum a cognatis & sepulturae traditum fuisse. Hac re commotus, quum videret, supplicium sibi imminere, mortem sibi consciscere cogitauit. Sed non difficulter impetrauit a vidua matrona, ut ex arca tolleretur mortuum maritum, illumque cruci, quae vacabat, affigeret, atque ita supplicium euitaret. Mirabatur autem populus, quomodo mortuus, tanta sanctitate deploratus, iuisset in crucem ^{r)}.

Nolim hoc de omnibus dictum esse. Scio, multas sancte seruare memoriam pristini matrimonii, & spectatae pietatis exemplo, etiam de mortuis maritis optime mereri. Sed illud tamen res ipsa loquitur, muliebri ingenium saepissime magis contemplatione praesentis utilitatis regi, quam temporis superioris cogitatione perturbari. Igitur facilius credi potest, uxorem viduam, *sui compendii & lucri* causa, quam pro mortuo marito, intercessisse. In illa specie, quam supra adduximus, facile prodebat vxor vidua, quod suas res potius gereret, quam defuncti. Dixerat enim vxor vidua: ne mihi domum auferatis, creditores, omnia meo periculo soluentur, nehmien sie mir das Haus nicht weg, es soll alles bezahlt werden. Quapropter visa est, magis domus seruandae causa interuenisse, quam pro fama & memoria mariti laborasse.

Illud quidem certe supra abunde comprobauimus, *heredum* magis, quam mortui amici, negotium geri, si quis pro debitore defuncto intercedat. Quare vxor vidua potius pro liberis suis, pietatis causa, aut pro heredibus extraneis, se interposuisse videbitur, quam ut mortuo officium praestaret.

§. VII.

Vxor suae utilitatis causa se obligans in negotiis hereditariis mariti etiam iure Non igitur inanis est vxoris viduae pro mortuo marito fideiussio, quamuis quodammodo negotium alienum attigisse videatur. Enim vero iuris ciuilibus interpretes non prorsus repudiant diligentiam vxoris, quae, propter suam utilitatem, ad aliena, inprimis mariti mortui, liberorum & heredum negotia accedit. PAPINIANVS heredi dat negotiorum gestorum actio-

^{r)} PETRON. Satyricon cap. 112.

actionem aduersus uxorem viduam, quae *bona mariti*, etiam viuentis, du- ciuili obliga-
 rante matrimonio, *administrauit*. *L. 33. D. de negot. gest.* Inprimis si de tur, sed desi-
adeunda hereditate dubitaretur, & mulier suaderet heredi, vt illam adiret, deratur vera
 ipsique *indemnitate* promitteret, SCTO VELLEIANO locus non est, sed utilitas.
 efficax censetur mulieris promissio. Ita AFRICANVS iudicauit. *L. 19. pr. §. 1.*
§. 2. D. ad SCtum Velleian. Praeterea ALEXANDER imperator, ratam
 esse obligationem, censuit, si mater, quae liberorum patrimonium admini-
 strauerat, tutoribus spoponderit *indemnitate*. *L. 6. C. eod.* Sed maxime,
 si vxor vidua *distractionem praediorum*, vel suae utilitatis, vel liberorum
 causa, tutoribus interdixerit, illisque indemnitate promiserit, VLP IANVS
 PAPINIANI auctoritate commotus, matrem SCTO VELLEIANO non de-
 fendi, arbitratur. *L. 8. §. 1. D. ad SCtum Velleian.* Generaliter etiam
 GAIVS mulierem censet obligari, si reuera *suam utilitatem* procuret, quam-
 uis prima specie negotium *alienum* esse videatur. Ita, si hereditatem eme-
 rit & debita hereditaria in se transcribi curauerit, omnino renebitur. *L. 13.*
pr. D. eod.

Iure ciuili igitur vxor vidua in illa specie, quam supra proposuimus,
 videtur, non sine fructu, se interposuisse. Creditores domum *vendere* &
 distrahere volebant, ipsa patrimonium liberorum & mariti, post eius fata,
 administrauerat & porro volebat administrare, creditoribus indemnitate
 promiserat, his verbis: *nehmen sie mir das Haus nicht, es soll alles bezahlt*
werden, ideoque auctoritate AFRICANI & PAPINIANI, non tam obliga-
 tionem alienam susceperat, quam suum potius negotium gesserat. *L. 8. §. 1.*
D. ad SCtum Velleian. L. 19. pr. §. 1. §. 2. D. eod.

Verum enim vero apparebat, nullum omnino commodum ex illa in-
 tercessione ad uxorem peruenire, sed ipsam, *fragilitate* sexus deceptam, do-
 mum & administrationem bonorum retinere voluisse. Succurrendum au-
 tem est mulieri, si *infirmitate* sexus lapsa, & imagine falsae utilitatis seducta
 est, quod VLP IANVS obseruauit. *L. 2. §. 3. D. ad SCtum Velleian.*
 Praeterea vxor vidua disertis verbis se obstrinxerat ad solutionem aeris alie-
 ni, quod maritus contraxerat, vt dubitari non posset, quin obligationem
 mortui mariti susceperit, contra SCTi Velleiani luculentam prohibitionem.
 ANTONINVS vero, matrem ne pro liberis quidem intercedere posse, con-
 stituit, si directe aliena obligatione se obstringat. *L. 3. C. ad SCtum Vel-*
leian. Hac de causa visum est, ne *iure ciuili* quidem viduam uxorem
 ex illa intercessione conueniri posse. Maxime enim obstabat, quod neque
 in iudicio, neque confecto instrumento publico, neque adhibitis tribus te-
 stibus, intercesserat. Sed haec si neglecta sint & lucrum vxoris probari ne-
 queat, IUSTINIANVS censet, ipso iure nullam esse mulieris deceptae
 obligationem. *L. 23. §. 2. C. ad SCtum Velleian.*

In Saxoniae electoratu expeditum est, vxorem fideiubentem, pro marito, tunc demum, absque renunciatione privilegiorum, obligari creditoribus, si id, quod maritus debet, in ipsius *veram utilitatem* sit conuersum: wenn das erborgte Geld in ihren Nutzen verwendet. *Dec. Elector. Sax. noviss. XXIV.* de an. 1746.

§. VIII.

Vxor vidua pro marito defuncto intercedens non obligatur nisi cum curatore in iudicio admonita seu consulto Velleiano renunciauerit, sed iusiurandum non exigitur.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, facillime iudicabitur, ad quae solemnia observanda vxor vidua adstricta sit, si pro marito mortuo cum effectu interuenire velit. Mihi quidem certe semper ita visum est, sufficere, si ea duntaxat obseruet, quae in fideiussione pro extraneis a muliere soluta, *Saxonico iure* observari solent.

Finge enim etiam *amorem* conjugalem in vxore vidua adhuc perdurare, *metus* tamen, & *imperium maritale*, quo vxores saepe coguntur ad fideiussorem, post mortem viri, prorsus extinguitur. Qua de causa multo securius confidimus vxori viduae, quae pro mortuo marito, sine metu coactionis, interuenit, quam, si pro viuo & iubente marito se interposuisset.

Ponamus interim, quod res dubia videri possit, vtrum magis pro marito mortuo, an potius pro viuis heredibus, iisque extraneis, interuenisse videatur. Certe tamen in *caussa dubia* praefertur illa interpretatio, per quam negotium *sustinetur* potius, quam infirmatur. Quapropter dicemus, si ea non neglecta sint, quae in fideiussione mulieris *pro extraneo* desiderantur, efficacem videri mulieris viduae intercessionem, quamvis desint illae solemnitates, quae in fideiussione *pro marito*, requiruntur.

Immo vero nequidem *dubia* haec causa est, sed luculenter supra demonstratum, illos, qui pro debitoribus mortuis interueniunt, non tam mortuorum, quam heredum causam agere, & ipsam hereditatem habere obligatam. *L. 21. ff. 1. D. de negot. gest.*

Vxor igitur vidua mariti mortui debita suscipiens, videbitur non pro marito, sed pro heredibus extraneis interuenisse. Quia tamen, ut diximus, propter luctus acerbiter, suspectum est illud mulieris negotium, omnia diligenter expedienda sunt, quae in fideiussionibus mulierum desiderantur. Itaque ante omnia *Scito Velleiano* renunciandum, quod omnes mulierum fideiussiones, etiam pro extraneis, infirmat. Neque tamen opus est, ut *Authenticae, si qua mulier, C. ad Scitum Vellei.* disertis verbis vxor renunciet, quamvis mariti causa in ea re versari videatur, sed sufficit, si promittat, se beneficiis vxorum, quibus contra fideiussorias obligationes muniae sunt, non usuram esse. Es soll aber in Zukunft des *Sciti Velleiani*,
oder

oder der Authenticae, si qua mulier &c. hierbey zu gedenken, oder solche der Eidesnotul mit einzurücken, nicht nöthig, sondern vielmehr gnung seyn, wenn die Weiber sich aller, der Bürgschaften halber, ihnen in den Rechten nachgelassenen Wohlthaten, und die Ehe weiber insonderheit derer, welche denen Ehe weibern, wenn sie vor ihre Männer sich verbürgen, und das erborgte Geld in ihren Nutzen nicht verwendet, zustehen, nach vorhergehender derselben Erklärung, sich begeben. *Dec. Elect. nouiss. promulgata die 2 Iulii an. 1746.*

Praeterea requirimus, vt vxor vidua sit *maio rennis*, quum minores *sine curatore aetatis* plane non obligari possint: Immo vero ne quidem *maior* Scto cum effectu renunciat, nisi *curator sexus*, legitime constitutus, huic negotio adhibeatur. *Const. Elector. Sax. XVI. Part. II. & Decis. Elect. XXV.* Quamuis enim mulieres *solutae* de rebus *mobilibus* quodammodo *sine curatoribus* non inutiliter disponant, tamen in renunciationibus, quibus fideiussiones earum confirmantur, simpliciter curatorem adhiberi placuit, verbis: Witwen und Jungfrauen, auctoritate curatorum, itemque im Wessenn ihrer kriegerischen Vormunden. *dict. Const. Elect. XVI. Part. II. & Decis. XXV.* Nobis certe nuper non sufficere visum est, quod vxor vidua, *praesente patre*, ex cuius potestate olim per nuptias & separationem oeconomiae dimissa erat, fideiussulat, sed censuimus, *sine curatore* rem confici non posse. Curatoris enim praesentia tanto magis necessaria, quia porro renunciations *in iudicio* fieri debent, in quo mulier *sine curatore* nunquam stare potest. Neque prorsus hoc nouum est, quum etiam iure ciuili mulier fideiubere non possit, nisi *instrumento*, *publice* aut coram tribus testibus confecto. *L. 23. ff. 2. C. ad Sctum Velleian.* Quamuis autem *inter consentientes* agatur, tamen nouissime constitutum, vt mulier beneficiis suis, *coram iudice competente ordinario*, aut, si de re immobili vel hypotheca contrahendum sit, coram iudice rei sitae, renunciet: daß dergleichen Verbürgungen nirgends anders, als vor der Weibspersonen ordentlichem Richter, oder dem Iudice rei sitae, verbindlich geschehen können. *dict. Decis. nouiss. XXIV.*

Tandem, ne imbecillitate sexus etiam in iudicio decepta esse videatur, maxime desideramus, vt *luculenta interpretatione* explicentur & indicentur mulieri beneficia, quibus renunciandum est, ne fideiussio ipsius infirmetur, verbis: auf vorgehende gnungsame Erinnerung und certioration, was ihre Verzicht und weibliche Gerechtigkeit in sich habe. *Decis. Elector. XXV.* itemque nach vorhergehender derselben Erklärung. *Decis. Elector. nouiss. XXIV. de an. 1746.*

Habes formam, qua neglecta mulier, ne quidem pro extraneis, cum effectu obstringitur. Itaque merito infirmauimus fideiussionem vxoris viduae, quae extra locum iudicii, solo patre praesente, nulla beneficiorum iniecta mentione, creditoribus mariti promiserat, sua fide & periculo futurum, quicquid ex hereditate mariti ipsis deberetur.

Ceterum in illa sponsione, qua vxor vidua creditoribus mariti fidem & *personam* suam duntaxat obstringit, non postulamus, vt renunciatio beneficiorum *iureiurando* confirmetur, inprimis si non de *dotis priuilegio*, sed de solis paraphernalibus quaeratur. Quae enim ex *capite 2. de pactis in 6to* adducuntur, ad singularem speciem, si mulier hereditati paternae & portioni legitimae renunciaret, pertinent, ideoque non commode ad fideiussiones mulieris solutae trahi possunt. Neque interest, vtrum vxorem viduam, quae apud mortui mariti creditores intercedit pro ipso marito, an pro heredibus interuenire dixeris, quum etiam pro marito constituere & personam suam, sine dotis periculo, obligare possit, absque iureiurando corporali, modo reliqua solemnia formae in legibus Saxonice praescriptae non deficient, sed rite obseruata sint ^{s)}. In illa quidem specie, quam saepius tractauimus, creditores vxorem viduam in foro domicilii, *personali* actione, ex pacto, quo creditoribus mariti mortui se obstrinxerat, conueniebant. Non vero desiderabant creditores, vt in priuilegium vxoris, in concursu mariti, succederent. Liberum enim erat, ex quibus bonis vxor ipsis satisfaceret, modo debitum mariti solueretur. Quapropter cum fructu experiri potuissent creditores, si vxor vidua in iudicio beneficiis mulierum fideiussoribus sibi explicatis, auctoritate curatoris, quamuis omitta *iurisiurandi* formula, renunciasset.

^{s)} CARPZOV. Part. II. Const. XVI. def. 10.



XCVIII.

OBSERVATIONES
DE

FORO VIDVARVM.

AD LEGEM XXII. §. I. D. AD MVNICIPAL.

VITEMBERGAE, DIE IVNII CIOIO CCLIV.

Lex XXII. §. I. D. ad municipal.

PAVLVS Lib. I. Sententiarum.

Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae: sed vtrumque aliis interuenientibus nuptiis permutatur.

§. I.

*V*xoribus viduis, quamvis dilexerint maritos, acerba est marito-*Vxoribus vi-*
rum recordatio, ut solum etiam nomen mortuorum non sine morfu aliquo *duis non ra-*
recurrat a). Ipsa enim vestigia atque ipsi lares inculcant & reuocant ma- *ro molestum*
ritum. *est domici-*
um mariti.

Saepe etiam in somnis defuncti venit imago

Coniugis b).

Sed nemo libenter eo *redit*, ubi *sine tormento* esse non potest c). Igi-
tur impatentia doloris & desiderium mariti

Accelerare fugam patriaque excedere suadent d),

quum leniri dolor vix possit, nisi animum & cogitationem a contemplatio-
ne incommodi praesentis *auocemus e)*. Haec necessitas viduarum animos
interdum ita perturbat, ut vix perdurare queant *in domicilio mariti*, sed
quaerant alium locum, ut oculos a conspectu malorum, quibus afflictae sunt,
auertant f). Audiamus OVIDIVM NASONEM g), qui vix dolorem &

K 2

scrui-

a) SENEC. Epist. 63.

b) VIRGIL. Lib. I. Aeneid. v. 357.

c) SENEC.

Epist. 63.

d) VIRGIL. Lib. I. Aeneid. v. 361.

e) SVLPITIVS

Ciceroni Lib. IV. Epist. XV.

f) TITVS LIV. in praefat. oper.

g) OVID. de Remed. Amor. Lib. I. p. 725.

scrupulum euelli ex animo posse arbitratur, nisi quis in alium locum commigrauerit, ut a recordatione praeteritorum retrahatur.

Et loca saepe nocent. Fugito loca conscia vestri

Coniugii. Causas illa doloris habent.

Hoc permouit veteres, ut in testamentis uxores relictas praemiis & legatis inuitarent, ut maneat in domicilio mariti & cum liberis habitent; quum ne liberorum quidem consolatio vxoribus viduis sufficeret ad desiderium mariti leniendum & memoriae acerbiterat mitigandam. PAPINIANVS & TERENCEIVS CLEMENS admiserunt legatum, quod maritus vxori hac conditione reliquerat, *si a liberis non recesserit*, aut *si a liberis impuberibus non nupserit*, quia dolor & luctus acerbiterat matres etiam a cura liberorum subinde retrahat, nisi praemio aliquo retineantur. *L. 62. §. 2. D. de condition. & demonstrat. L. 72. pr. D. eod.* LABEO habet testamentum, in quo testator heredem damnauit, ut ducenta daret vxori, si Capuae cum filio esset. *L. 30. §. 5. D. de legat. III.* Neque enim deberi legatum, ait LABEO, nisi vxor vel manserit cum filio Capuae, vel per illam non steterit, quo minus cum filio ex mariti voluntate in domicilio eius habitaret. *dict. L. 30. §. 5. D. de legat. III.*

Viduae igitur, quamuis concordissime cum maritis vixerint, nonnunquam tamen fugiunt acerbiterat illius memoriae & domicilium mariti. Sed magis tamen illae, quibus vetus & pertinax similtas cum maritis intercessit. Hae enim nolunt recolere eum locum, in quo laesae sunt ^{b)}, quod PHAEDRVS ait, & velut auiculae ex retibus elapsae gaudent, se emissas esse ex carcere, in quem coniectae erant, atque ex tempestate in portum euasisse. Igitur molesta illis est memoria & praesens vestigium mariti Puerpera illa apud PHAEDRVM ⁱ⁾ non potuit adduci, ut *thorum maritalem* attingeret, quia

Minime confidebat, illo posse loco

Malum finire, quo conceptum est initio.

Inprimis autem *si liberi non sint superstites* ex priori matrimonio, aut si extraneus heres institutus, cuius seueritatem reformidant, malunt mulieres viduae & orbae ad propinquos confugere, quam inter affines & extraneos cum metu & dedecore versari. Omnium vero maxime, *bonis a marito dissipatis*, ad egestatem perductae, ipsius necessitatis iure ex mariti domicilio expelluntur & alium sibi locum quaerunt, in quo delitescant. Marius apud MARTIALEM maluit praedia vendere, in quibus tot incommoda acceperat

— — Ser.

^{b)} PHAEDRVS Lib. I. fab. 18.

ⁱ⁾ ibid.

— — Servos ubi perdidit omnes

Et pecus & fructus: non amat inde locum k).

Nimirum multae, quum negligentissime maritos habuerint, ut SENECAE verbis utar, miserius illos lugent & moerent effusius, quia verentur, ne dubium sit, an amauerint l). Sed hae quidem, quum primus impetus deferbuit, quiescere non possunt, donec viam elabendi inueniant. Extremo amor & desiderium parentum & cognatorum, qui ope & auxilio viduarum subleuari possunt, illas inuitat, ut, deposita mariti memoria, ad viuos & coniunctos reuertantur.

§. II.

Vides, ignoscendum esse vxoribus viduis, si malint ad propinquos conuolare, quam in mariti domicilio recordatione acerba & quotidiana perturbari. Si res ex maritorum voluntate aestimetur, illorum voto conuenientius consilium eligunt viduae, quae diutius perdurant & perpetuo retinent domicilium mariti. Plerique enim desiderant, ut vxores relictæ sanctius custodiant memoriam coniugii prioris. Apud Thraces obtinuit, ut vxores viduae interficerentur super mortuorum virorum corpora, & cum illis sepulcro traderentur m), quem morem etiam hodie ab Indiae quibusdam populis videmus frequentari. Romani familiaria sepulcra sibi & uxori & liberis constituebant, L. 5. D. de religios. quasi domos aeternas n), in quibus quiescerent cum suis, quum nolent vxores etiam post mortem a suo consortio diuelli.

Praecipue autem principum interfuit cauere, ne vilesceret nomen regium, neue principum maiestas adduceretur in contemtionem, si vxores ipsorum viduae ab aliis attingerentur. Hac de causa Wisigothi lege publica diligenter prospexerunt, ne quis regis viduam matrimonio sibi copulet, sed ut illa pudice & caste colat memoriam principis mariti o). Nouimus quarundam gentium moribus inualuisse, ut illustres viduae, mortuo marito, in monasterium confugiant, cum voto perpetuae viduitatis, nisi regis beneficio haec necessitas illis remittatur.

Immo vero etiam priuati communi voto cupiunt ita post mortem amari ab vxoribus, ut viui amabantur p). Hinc crebra indictio viduitatis & conditio legatis adposita, si uxor non nupserit, L. 14. D. de legat. III. Si a liberis non discesserit, L. 62. in fine D. de condition. & demonstr. & L. 72.

k) MARTIAL. Lib. I. Epigr. 86.

l) SENECA Epist. 63.

m) POMPON.

MELA de situ orbis Lib. II. cap. 2.

n) GRUTER. oper. Inscript. Tom. II.

pag. 790. num. 5. & pag. 903. num. 6. & pag. 913. num. 6.

o) Leges

Wisigothor. Lib. XII. Tit. 1. §. 3. can. 5. apud Lindenbrog. p. 209.

p) PE-

TRON. Satyr. cap. 71.

L. 72. D. eod. Si vidua fuerit, L. 3. C. de indict. viduit. Si Capuae cum filio habitauerit in domicilio mariti, L. 30. §. 5. D. de legat. III.

Quum sola *spes lucri* a maritis prioribus promissi viduas a secundis nuptiis non retraheret, *imperatores*, etiam *damni metu* illas terrendas, censuerunt, ne desererent memoriam matrimonii prioris, *L. 3. C. de secund. nuptiis*. Boiuuarii noluerunt, res donatas vxoribus relinqui; nisi *viduae memoriam* mariti perpetuo obseruauerint pudica castitate ^{q)}. Burgundiones etiam dimidiam partem illorum, quae vxor a marito acceperat, reddendam esse iudicarunt, si *vidua* maluerit ad *secundas nuptias* transire ^{r)}. Hoc quoque Longobardis placuisse, ex veteribus illorum legibus intelligitur ^{s)}.

Germanos etiam veteres tetigit studium immortalitatis, ut vellent post mortem *quasi superstites* ab vxoribus relictis obseruari. CORNELIVS TACITVS inuenit, Germaniae quasdam ciuitates, in quibus *virgines tantum nubant*, omnisque spes matrimonii *unius* mariti morte finiatur ^{t)}. Credebant enim veteres, in vxoribus, quae in *unum corpus* cum ipsis coaluerant, aliquam *sui partem*, aut umbram & imaginem relinqui, quae exstinguatur secundis nuptiis viduae relictæ.

§. III.

*Vxor vidua
retinere po-
test domici-
lium mariti.
Vidua non
tantum per
nuptias, sed
etiam aliis
modis domi-
cilium mari-
ti mutat.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, vxorem viduam, si communi maritorum voto obtemperare velit in mariti domicilio *manere*, quamuis interdum ipsi *molesta* sit temporis superioris recordatio & memoria matrimonii soluti. Enim vero praesentia mariti mortui vestigia perpetuam quidem doloris causam habent, & efficiunt, ut nomen defuncti quotidie *cum morsu* aliquo recurrat. Sed hic quoque morsus habet suam voluptatem, & quod ATTALVS apud SENECA M docuit: sic mortuorum memoria nobis incunda est, quomodo poma quaedam sunt suauiter aspera, quomodo in vino nimis veteri ipsa amaritudo nos delectat ^{u)}. Luctus certe diuturnitate mitigatur atque deferuescit. Hinc discunt tandem mulieres viduae in *domicilio*, cui assuetæ sunt, vitam tranquillam & beatam degere, si non aliis irritamentis auocentur. Habuerunt enim maritos tanquam *amissuræ*, & amissos lugent, *quasi illos adhuc habeant* ^{x)}, ideoque iucunda malorum, quae praeterierunt, recordatione animum in domicilio seneri etiam mariti consolantur.

Non paucae igitur *sponte* & volentes eligunt *mariti domicilium*, in quo viduae diem supremum placide expectent. PAVLLVS miseratione vi-
dua-

^{q)} Leges Boiuuar. Tit. XIV. cap. 19. §. 3. apud Lindenbrog. p. 429.

Burgund. Tit. XXIV. apud Lindenb. p. 278.

Tit. IV. apud Lindenb. p. 587.

^{u)} SENECA Epist. 63.

^{x)} ibidem.

^{r)} Leges

^{s)} Leges Longobard. Lib. II.

^{t)} TACITVS de Mor. Germ. cap. 19.

duarum, hoc ipsis *beneficium* tribui asserit, ut *retinere* possint domicilium mariti, donec illud permutetur. *L. 22. ff. 1. D. ad municipal.* Noluerunt enim veteres viduam relictam confestim, quasi extorrem & exulem, depellere, & spoliata rebus omnibus cum indignitate eiicere, contra commune votum & desiderium mortui mariti. Certe ad mortuum maritum spectaret haec iniuria, viduae *uxori* facta, quam defunctus affectu suo ita comprehendit, ut in illa *superstes* esse videatur. *L. 1. ff. 3. D. de iniur.*

Igitur *beneficii causa* mulieribus viduis hoc damus, ut, quamvis soluto matrimonio, *retineant* domicilium mariti. Ne quis dubitet, hoc esse *beneficium*, PAVLEVS ait, *retineri* domicilium mariti a vidua uxore. Sed *retinemus* nostra voluntate, quae nobis *iucunda* & utilia videntur; quae vero *molesta* sunt, illa nos potius *tenent* & retinent inuitos. Mirifice falluntur interpretes, qui viduarum illud forum *necessarium* esse crediderunt, ut quasi *captivae* & *dedititiae*, in carcerem inclusae, inuitae in mariti domicilio retineantur, & *effugere* non possint illud forum, in quod adductae sunt a mortuo marito. Liberae personae auersantur morem barbarum, quem, OVIDIVS NASO auctor est, apud quasdam gentes obtinuisse, ut civibus facultas discedendi adimeretur. Neque enim ferri potest, quod Poëta narrat,

— — prohibent discedere leges,

Poenaeque mors posita est patriam mutare volenti y)

Colonos quosdam duntaxat Imperatores hoc vinculo adstringendos esse censuerunt, ne ab origine & domicilio suo discederent. *L. unic. C. de colon. Illyrician.* Hoc ius singulare nunquam ad homines ingenuos & liberos trahitur, Etiam filiusfamilias, quamvis vinculo unitatis cum patre coniunctus sit, parentis *domicilium mutare potest.* *L. 3. D. ad municipal. & L. 3. C. de municip. & originar.* ANTONINVS certe incolis permittit, ut prius, quam ad munera vocentur, *domicilium transferant*, & unicunque visum sit, quiescant. *L. 1. C. de incolis.*

Noli igitur existimare, quod *viduae* mulieres in *domicilio mariti* quasi vinculis retineantur, adempta facultate elabendi. LABEO habet viduam, quae impune *in aliud municipium* transiit & nulla necessitate retenta est, ne domicilium mariti permutaret. *L. 30. ff. 5. D. de legat. III.* Eleganter MARCELLVS, nihil esse impedimento, ait, quo minus quis, *ubi velit, domicilium habeat.* *L. 31. D. ad municipal.* Quae quum ita sint, etiam *viduam* mulierem nulla necessitas prohibet, ne domicilium mortui mariti permutare possit. Vnam speciem PAVLEVS excipit, ne quis *nuda contestatione*, seu verbis duntaxat, mutare possit *domicilium*, sed *re & factis* domicilium

y) OVID. Metamorph. Lib. XV. v. 28.

cilium efficaciter transferri, ait. *L. 20. D. eod.* Quapropter dicemus, mulierem viduam, quae *re & factis* copias & *fortunas* suas ex domicilio mariti transtulerit in alium locum, in quo habitet, aut negotietur, sacris etiam utatur, & res suas administret, videri *domicilium mariti* permutasse. Ipsa enim natura *domicilii* ostendit, neminem posse domicilium retinere in illo loco, a quo prorsus recessit, rebus omnibus, aut plurimis, alio translatis. Igitur nec vidua *retinet domicilium mariti*, quae res suas, quaerendae *sedis perpetuae* & quietis causa, in aliud municipium transtulit, relictis laribus mortui mariti. Nulla vero lege prohibetur mulier vidua, ne res suas possit in locum alium transferre. Luculenter *VLP IANVS* naturam *domicilii* interpretatur. Si quis, inquit, *negotia sua* non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, ibi foro, balneo, spectaculis utitur; ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur: ibi maris *habet domicilium*, quam ubi colendi causa diuersatur. *L. 27. §. 1. D. ad municipal.* Sed quum non prohibeatur vxor alibi negotiari & rebus suis operam dare, quid impedimento est, quo minus credamus, viduam vxorem *domicilium mariti* voluntaria translatione *permutare posse*?

Sed ais, *necessarium esse domicilium mariti*, hinc vxorem ex illo se voluntate sua eximere & ab eo se retrahere non posse. Hanc vero dubitationem facillima responsione diluamus. Nimirum *vxoris* domicilium Interpretes *necessarium* appellant, quia vxor ab initio & durante matrimonio, non *sua voluntate* illud eligit, sed *necessario* sequitur domicilium mariti. Igitur dicemus, hoc forum maritalis domicilii *necessarium* esse *ab initio*, quum illud non ab vxore, sed a marito, eligatur. Respectu autem *durationis*, soluto matrimonio, *voluntarium* est domicilium viduae vxoris, quae sua voluntate mariti domicilium retinere & in locum alium se conferre potest. Nihil enim vxorem retinet, quo minus in locum alium transmigrer, sed ipsa mariti domicilium retinet, *si velit* in illo conuilescere, aut negotia sua explicare. Ipse *PAVLLVS* in famosa illa *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* concedit viduae, ut *nuptiis* interuenientibus, permutare possit mariti pristini *domicilium*. Sed nuptiae mulieris viduae impediri non possunt, ne quidem in testamento, ne fraus fiat Legi Iuliae de maritandis ordinibus & nuptiis non prohibendis. Hinc *conditio*, *si mulier non nupserit*, & indictio viduitatis pro non adiectis habendae sunt, ut liceat mulieri legatum petere, quamuis nupserit, neglecta conditione viduitatis, quam testator apposuit legato. Ita *PAPINIANVS* rem interpretatur *L. 72. §. 5. D. de condition. & demonstr. & L. 79. §. 4. D. eod. 2)*. Immo *IULIANVS* docet, ne quidem *fideicommissum* mulierem onerari posse, hac lege, ut, si nupserit, lega-

2) *BARNAB. BRISSONIVS* de formul. Lib. VII. form. 54. p. 590.

legatum alii restituat, ne matrimonia impediuntur. *L. 22. D. eod.* De fidei-
 commisso autem aliter videtur iudicasse *GAIVS L. 11. pr. D. de legat. III.*
 Sed controuersiam diremit lex *IUSTINIANI*, qua cautum est, ne mulie-
 ribus *necessitas viduitatis* imponatur. *L. 2. C. de indict. viduitat.* ^{a)} Soli
 enim marito permissum, ut uxori, sub conditione viduitatis, possit legatum
 relinquere in suprema voluntate. *Novell. XXII. c. 44. pr. & seq.* ^{b)} De
 quo argumento deinceps locus erit exponendi.

Quum igitur non possit retineri vidua mulier a secundis nuptiis, qui-
 bus interuenientibus *permutatur* prioris mariti domicilium, quis audeat affir-
 mare, domicilium mariti *necessario* retinendum esse a vidua uxore? Sed
 turbas tamen dedit *CARPZOVIVS*, qui pessime interpretatur *Legem 22.*
§. 1. D. ad municipal. & *necessario* retinendum esse domicilium mariti,
 credidit, *donec nubat* mulier vidua, & ita domicilium permutet. Negat
 enim alia ratione mariti domicilium mutari posse a vidua, nisi *per solas nu-*
ptias, quibus contractis, illa sequitur conditionem & domicilium noui at-
 que extranei mariti ^{c)}.

Verum enim vero nunquam *PAVLLO* in dicta *Lege 22. §. 1. D. ad*
municip. in mentem venit, quod domicilium mariti a vidua duntaxat per
 secundas nuptias mutari possit. Ille enim luculenter permittit viduis, ut
deserant mariti domicilium, & adiicit exemplum, quod, *secundis nuptiis*
 interuenientibus, illud permutari possit. *L. 22. §. 1. D. ad municipal.* Mi-
 nime autem dixit *PAVLLVS*, viduam mariti domicilium retinere, *donec*
 nubat, sed docuit potius, *posse* illud *permutari*, eiusque rei exemplum
 esse in secundis nuptiis; quum permutetur mariti domicilium, *si* mulier vi-
 dua *nubat* alii marito. *dict. L. 22. §. 1. D. ad municipal.*

Noli existimare, quod *PAVLLVS*, commemorata vna specie, in qua
 permutetur pristini mariti domicilium, excludere voluerit omnes *alios mo-*
dos domicilii mutandi. Neque enim potuit *PAVLLVS* mulierem viduam
 prohibere, ne in locum alium commigret & ipsa sibi constituat domicilium,
 in quo res suas commodius & sua voluntate administret. Si vero commi-
 grare & res suas transferre potest in alium locum, potest etiam domicilium
 mutare. Nam domicilium ex facto habitationis & constituta sede diuturna
 aestimatur. *L. 27. D. ad municipal.* Ridiculum videri posset, si quis di-
 xerit, viduam, quae Romae habiter, & fortunas suas omnes Romam, per-
 petuae

^{a)} vid. CORNEL. *nam* BYNCKERSHOECK in tract. de legatis poenae nomi-
 ne etc. cap. V. Opuscul. Tom. II. p. 290. ^{b)} vid. DE BERG. in Oeconom.
 Iur. Lib. I. Tit. 3. §. 8. n. 3. ^{c)} CARPZOV. Definit. eccles. Lib. III. T. II.
 def. 18. num. 14. & idem in iurisprud. Forens. Part. IV. Constit. 21. Definit. 11.
 num. 5.

petuae quietis causa, transtulerit, domicilium Carthagine habere, ubi maritus mortuus habitauerat, quamvis ipsa nunquam velit Carthaginem reuerri. Certe nullibi concessum est viduis *ius reuocandi domum*, vi cuius vidua postulare possit ab aduersario, ut ipsam in solo mariti pristini domicilio conueniat, quamvis vidua illud deseruerit, & nolit in mariti domicilium reuerri. Hoc *ius reuocandi domum* legatis & aliis quibusdam personis datum est, quae vnus duntaxat negotii causa Romam venerant, non *viduis*, quae domicilium & fortunas in locum alium, certae sedis & quietis causa, transtulerunt. *L. 2. §. 3. D. de iudiciis.*

Quae quum ita sint, disputatione vix indiget, mulieres viduas non in foro mortui mariti, sed in illo loco conueniri, in quo domicilium constituerint, relicto & deserto domicilio priori. *CARPZOVIVS* malo exemplo confundit *domicilium mariti & dignitatem* atque *fori priuilegium*, quod maritus cum vxore & liberis communicauit. Haec *dignitas* viduarum ossibus perpetuo inhaeret, *donec nubant*, & retinetur, ubicunque constituerint domicilium. *L. 13. C. de dignitat.* Sed *dignitas & fori priuilegium*, quod extraordinarium & singulare est, opponitur *foro domicilii*, atque de potestate iudicis domicilii nos eximit. Contra domicilii forum *commune* est & ordinarium, ideoque non debet cum foro priuilegiario confundi. Quamuis igitur vxor vidua retineat *dignitatem & priuilegium fori*, tamen *forum domicilii commune* permutare potest, si vidua domicilium, sua voluntate, in alium locum transtulerit, relicto domicilio mariti. Incola enim, quod *GAIUS* praecipit, eis magistratibus parere debet, ubi incola est, nisi habeat *ius domum reuocandi*. *L. 29. D. ad municipal.* Ex quo apparet, frustra viduam sutoris, quae quondam Capuae habitauit cum marito, sed postea Lipsiam commigravit, recusare, quin Lipsiae conueniatur.

Illud tamen facile largimur, quod non credatur vidua mariti domicilium mutasse, nisi rebus & factis ostenderit, quod, fortunis suis translatis, alibi malit vitam degere & prorsus discedere a laribus mariti. Enim vero si res non satis luculenta sit, veri similius est, viduam in mariti domicilio manere voluisse. Nimirum ceruus ille, apud *VIRGILIUM*, quamvis fera eius natura esset, tamen

— — *manum patiens mensaeque assuetus herili*

Errabat syluis, rursusque ad limina nota

Ipse domum fera quamvis se nocte ferebat d).

Itaque non ex quauis profectioe viduarum iudicabimus, illas domicilium mariti mutare voluisse, sed si ex translatione fortunarum appareat, viduas, *perpetuae quietis causa*, in alium locum commigrasse.

Sed

d) *VIRGIL.* Aeneid. Lib. VII. v. 490. seq.

Sed quid dicemus, si non raro redeat ad mariti domicilium, quod deseruit, & ibi *viduarum beneficiis* fruatur, aut negotietur, & per intervalla rursus reuertatur ad novum domicilium, sua voluntate constitutum. In hac quidem specie potius videbitur vidua *duplex domicilium* habere & non solum in illo municipio, ad quod commigravit, sed etiam in domicilio mariti, quod retinuit, conveniri posse. Hoc PAVLLVS contra LABEONEM defendit. L. 5. D. ad municipal.

§. IV.

Exposuimus de iure Quiritium, quod libertatem viduarum mulierum defendit. Superest, ut de iure Germanico dispiciamus. Maiores nostri quidem, ut supra capite secundo a nobis observatum est, maluerunt in vxoribus relictis, quasi *dimidia sui parte superstites* vivere & memoriam suam sanctius ab illis custodiri. Certe duci vidua non poterat, nisi a propinquis &, si alii non adessent, a fratre mortui mariti emeretur. Ita Lex Salica rem definiuit *e)*. Luculentius fere Lege veteri Saxonica apud Lindenbrogium *f)* constitutum est, ut vidua sit in tutela priuigni, quem mortuus maritus ex alio matrimonio progenitum reliquerat, aut fratrem mariti defuncti tutorem accipiat & his tutoribus pretium emtionis a sponso, qui illam ducere velit, exsoluatur. Ex quo loco intelligitur, mariti mortui propinquos aliquid iuris in viduam mulierem retinuisse, ut sine ipsorum voluntate vidua non potuerit mariti domicilium mutare, aut secundas nuptias contrahere. Sed eadem illa lege remittitur viduis necessitas obsequii & viduitatis. Si enim tutores illam retinere vellent, ne commigret ad alium maritum, poterat vxor ad alios propinquos confugere & sua voluntate res administrare *g)*. Eundem morem secutae sunt etiam aliae gentes, quae cum Germanis iura & sanguinem communicarunt. Apertissime Lex Longobardorum praecipit, ut mulier vidua sit in mundio proximorum vel heredum mortui mariti & ab illis redimatur, si quis eam ducere velit in matrimonium *h)*.

Iure germanico, in primis saxonico viduarum libertas olim restricta fuit Domicilium tamen & curatorem libere eligunt viduae.

Ne tamen credas, viduam quasi in mancipio fuisse heredum mortui mariti. Eadem enim Lex Longobardica dedit potestatem mulieri viduae, confugiendi ad alios propinquos, aut ad parentes suos reuertendi, denique domicilii constituendi, ubicunque visum fuerit, si appareret, illam indignius tractari ab heredibus mariti.

Igitur veteres noluerunt viduam inuitam in mariti domicilio, quasi vinculis quibusdam, retineri. Immo vero posterius deseruerunt seueritatem

L 2

illam,

e) Lex Salic. Tit. 46. apud Lindenbrog. p. 334.

Lindenbrog. p. 476.

Lib. II. Tit. I. §. 4. apud Lindenbrog. p. 587.

f) Lex Sax. cap. VII. apud

g) Lex vetus Sax. ibid.

h) Leg. Longobard.

illam, & heredibus mortui mariti nihil potestatis in viduam vxorem reliquerunt. Placuit enim viduam in suorum heredum tutelam peruenire, der Erbe ist auch der Wittwen Vormund, bis sie wieder einen Mann nimmt, wofern er ihr ebenbürtig ist. 1. L. R. Art. 23.

Ne quis dubitationi locus esset, alibi constitutum, viduam mulierem, mortuo marito, *ab eius iure & familia confestim liberari & redire ad natales suos*, atque in tutelam parentum aut agnatorum reuocari: Nach des Mannes Tode ist das Weib ledig von des Mannes Rechte. *Ius Prouinc. Sax. Lib. III. Art. 45.* itemque: Wenn der Mann stirbet, so ist sie ledig von seinem Rechte, und behält Recht nach ihrer Geburt, darum muß ihr, und nicht ihres Mannes nächster ebenbürtiger Schwermagen ihr Vormund seyn. 1. L. R. Art. 45.

Non ausim haec verba cum CARPZOVIO ⁱ⁾ de sola tutela mulierum interpretari, quum iisdem articulis etiam alia iura mulierum, imprimis Wehrigeldi aestimatio, commemorantur. Hoc certe ex illis legibus intelligitur, nullam viduae necessitatem impositam, qua in mariti domicilio retineretur, sed reuerti illam potuisse ad suos, ut iuribus paterni domicilii frueretur. Hodie quidem certe vxor vidua videtur *sui iuris esse* & res omnes voluntate sua regere, adhibita subinde *auctoritate curatoris*, quem ipsa libere eligit & *magistratui nominat*, ut ab illo *confirmetur* ^{k)}. *Decis. Elector. LIX.* verbis: daß einer Weibsperson ein Curator insgemein von ihrer ordentlichen Obrigkeit, darunter sie entweder ihre Güther, oder doch ihre wesentliche Wohnung und Aufenthalt hat, bestätigt werden solle.

Non potest igitur dubitari, quin mulier vidua curatorem in genere possit impetrare *a iudice noui domicilii*, in quod commigrauit mortuo marito. Ibi enim videtur *habitare*, ex mente *Serenissimi Legislatoris*, ubi sedem fortunarum constituerit, wo sie wesentliche Wohnung und Aufenthalt hat, nisi fori privilegium habeat. Illud quidem alio loco ^{l)} a nobis obseruatum est, quod vidua, ad patrem reuersa, fori *paterni privilegio* utatur, denn sie behält Recht nach ihrer Geburt. 1. L. R. Art. 45. Ipse enim pater recte frueretur fori privilegio, si illud non communicaretur cum liberis, qui in eius conuictu & domicilio morantur. Habet pater privilegium fori, ne a *magistratu communi* domicilii indignius tractetur. Sed hoc interuerteretur, si filia vidua a magistratu domicilii terreri posset. Accipimus enim iniuriam per liberos nostros, non solum hos, qui in patria pote-

i) CARPZOV. Part. 4. Const. 21. def. 11. n. 1.
ad patrem reuersa cap. v. 1.

k) vid. Praeses de filiis viduae

l) vid. Praes. in disput. allegat. ibid.

potestate sunt, sed etiam eos, qui nostro affectui subiiciuntur. *L. 1 § 3. D. de iniuriis.*

Multae olim viduae ad claustra & monasteria conuolarunt & perpetuae viduitatis votum professae, accepto velamine, solemniter consecratae sunt. *Can. 16. Causs. XX. Quaest. 1.* Hoc facto, certum est, eas mariti foro & domicilio liberatas esse.

§. V.

Vidua igitur & Romano & Saxonum iure efficaciter transfert fortunas & domicilium, ut, permutato mariti foro, in illo loco, ubi habitat, ab aduersariis conueniri possit. Sed videamus, an obueniant quaedam species in quibus *necessario vidua retineat* mariti domicilium, & iudici, ad quem defunctus maritus trahi poterat, mutato etiam domicilio, subiiciatur. Certe si vidua *heres* sit mariti, ex obligatione, quam defunctus maritus contraxerat, in foro mortui mariti, quamuis priuilegium fori habeat, recte conuenitur, ne aduersarius, qui marito credidit, ob heredis priuilegium, maiori incommodo afficiatur. *VLPIANVS* ait: *heredes* absentes ibi defendendos esse, ubi defunctus defendi debuit, & conueniendos in foro defuncti, si ibi inueniantur, quum nullo proprio priuilegio excusari possint. *L. 19. pr. D. de iudiciis.* Lite quidem coepta a defuncto, res caret controuersia, quum ex quasi contractu litis contestationis heredes obstringantur, ut in eodem iudicio controuersiam finiant, in quo defunctus coepit litigare. Apud Saxones ne quidem litis reassumptione opus est, sed, quamuis defunctus procuratorem non habuerit, coeptam causam heredes in eodem iudicio, post quatuor menses, peragere iubentur. *Ord. Process. Sax. recogn. Tit. XVII. §. 1.* Igitur & vidua mariti heres recte in ius vocata censebitur, si citatio cuidam coheredum, qui in domicilio defuncti haeret, insinuata sit. Hic enim viduae absenti citationem transmittere debebit. *Ord. Process. Sax. recogn. Tit. IV. §. 2.* es mag die Citation, wenn die Erben sich noch nicht getheilet, in das gemeinschaftliche Guth oder Haus, demjenigen, der sich darinne aufhält, wohl insinuirt werden. Sed res plus difficultatis habet, si *lis noua* viduae heredi a creditoribus mariti inferatur. *VLPIANVS* quidem docet, ibi heredem conueniri posse, ubi defunctus conueniri debuit, si in eodem loco & iudicio inueniatur. *d. L. 19. pr. D. de iudic.* Ipse autem *VLPIANVS* eodem loco non dissimulat, heredem, etiam absentem, ibi defendendum esse, ubi defunctus defendi debuisset. Ex quo loco quidam colligunt, viduam, quae mariti hereditatem adierit, etiam absentem, requisito in subsidium iudice noui domicilii, in quo habitat vidua, in ius vocari posse *m*).

Haere-

Haerebit igitur mulier vidua in domicilio mortui mariti, post aditam hereditatem, si actio hereditaria ex persona mariti, cui successit, a creditoribus aduersus heredes instituat. Sed magis attinet monere, etiam si *legatum* duntaxat vidua a marito acceperit, non semper ab illa mariti domicilium impune mutari. Admiserunt enim veteres legatum, in quo maritus uxori *hac conditione* aliquid reliquit, *si vidua*, aut, *dum vidua fuerit*, aut, *quam diu habitauerit cum liberis* in domicilio defuncti. *L. 62. §. 2. D. de condit. & demonstr. L. 72. pr. D. eod. L. 30. §. 5. D. de legat. III.* Quamuis enim *conditio viduitatis* olim imponi vxoribus non posset, tamen licuit testatoribus, curam liberorum & domicilii viduae relictæ commendare. Generaliter receptum est, conditionem, quae non directe matrimonium impediat, a muliere implendam esse. *L. 71. D. de condit. & demonstr. L. 79. §. ult. D. eod.* Inprimis, si appareat, viduae aliquid, *dum vidua fuerit*, hoc animo relictum esse, *ut viduitatem & tristitiam* relicto beneficio *consoletur*, legatum amitti *IUSTINIANVS* censuit, si mulier nubendo mutauerit domicilium mariti. *L. 3. C. de indict. viduit.* Si enim nuperit aut domicilium transtulerit, cessante causa tristitiae & viduitatis & solitudinis, non indigere videbitur legato, quo testator dolorem solitudinis ipsi abstergere volebat. Extremo imperator viduam deliberare iussit, utrum legato carere malit, an implere conditionem viduitatis, sub qua maritus ipsi aliquid reliquerit. *Nou. XXII. c. 44.* Neque enim vidua conqueri poterit, quasi matrimonium, contra Legem Iuliam, impediretur a marito, quum possit omnino nubere, repudiato & neglecto beneficio mariti.

In his igitur speciebus non facile vidua domicilium viri secundis nuptiis mutabit, aut se a liberis seiunger, si velit legatum retinere.

Discederem ab hoc loco, nisi me *viduarum dotalitia* tenerent. Haec enim, si quosdam interpretes audias, *mutato domicilio* mariti, aut certe secundis nuptiis, *amittuntur* ⁿ. Sed mihi quidem non videntur hi interpretes rem acu tetigisse, nisi pacto aut consuetudine inductum sit, ut dotalitia, mutato domicilio, aut secundis nuptiis, a vidua amittantur. Enim vero dotalitium *titulo oneroso* ab vxore vidua acquisitum est, quum dote sua illud quasi *emerit* & dos illata dotalitio absorbeatur. Quapropter dote mulieretur vxor, si dotalitium propter secundas nuptias viduae subtrahendum esset, quae poena nullis legibus est constituta. Ipsi interpretes, qui hanc sententiam tuentur, hoc agnoscunt, ideoque dotem restituendam esse iudicant, si vidua dotalitium post secundas nuptias amittat ^o). Sed propter commoditatem heredum & successorum constituuntur dotalitia, ne vasalli viduis dotem

&

ⁿ) KEMMERICH. in iur. publ. Lib. VIII. cap. 3. §. ult.
loc. cit.

^o) KEMMERICH.

& donationem propter nuptias restituere cogantur. Male igitur consulere-
tur successoribus, si, dotalitio viduae propter secundas nuptias
subtracto, dotem illi & donationem propter nuptias reddere de-
berent. Saxones, nisi aliud pacto definitum esset, dotalitium etiam viduis,
post secundas nuptias, plerumque reliquerunt. Ius provinciale Saxonicum
commemorat viduam, quae dotalitium, in priori matrimonio acquisitum,
alteri marito obtulit, ut illo dotalitio in secundo matrimonio perfrueretur:
Nimmt ein Mann eine Wittwe, die Lehn oder Leibgedinge hat, was er in
dem Guthe mit seinem Pfluge arbeitet, das soll er, wenn die Frau vor der
Saat stirbt, vollend arbeiten, besäen und abschneiden. 3. L. R. Art. 76. Vi-
des, mulierem viduam dotalitium, das Leibgedinge, post secundas nuptias,
ad maritum attulisse. Quid, quod etiam post diuortium vxori, in hono-
rem prioris matrimonii, dotalitium relinquere debeat maritus. Wird ein
Mann mit Rechte von seinem Weibe geschieden, so behält sie doch ihre Leib-
zucht, die er ihr an seinem Eigen gegeben hat. 1. L. R. Art. 21. Leibzucht
kann den Frauen niemand brechen, weder ein nachgebohrner Erbe, noch der,
auf den das Gut verstorbet, wofern sie es nicht selbst verwirkt. *ibid.* Se-
cura igitur erit vidua de dotalitio, quamvis permutauerit mariti domici-
lium p).

§. VI.

Accepisti, quod *viduae* mulieres mariti domicilium, sine incommo-
do, voluntate sua libere permutent, neque tantum secundis nuptiis, sed
etiam aliis modis, translata sede fortunarum, foro mortui mariti liberentur.
Sed aliter de *dignitate* maritorum iudicandum est, quae *uxoribus inhaeret*,
vbiunque habitent, & a viduis retinetur, donec nubant, aut dignitatem mor-
tui cum alia dignitate & privilegio permutent. PAVLLVS comprobavit,
uxorem per maritum fieri *clarissimam personam*, & post eius obitum, retinere
illam dignitatem. L. 22. §. 1. D. ad municipal. Male CARPZOVIVS, ut
diximus, hoc *privilegium dignitatis* & *fori* cum foro domicilii confundit q).
PAVLLVS enim ait, *utrumque* permutari, si vidua nupserit, dict. L. 22.
§. 1. D. ad municipal. & sic fatetur, dignitatem & domicilium esse res duas,
inter se diuersas, quarum quaelibet alio iure aestimetur, quamvis *utraque*
permutari possit, si nuptiae interueniant. Nimirum *domicilium* voluntate
cuiusque constituitur, ut supra comprobauimus, nisi vidua sit captiua &
vinculis retineatur. *Dignitas* vero, semel acquisita, personae mulieris in-
haeret & *retinetur*, donec nubat, quamvis mutato domicilio mariti.

Imperatores liberaliter viduis hoc tribuerunt, ut honore maritorum
erigantur, genere nobilitentur & ex virorum persona fori privilegium ha-
beant.

p) HORN. in Iurisprud. Feudal. cap. XXI. §. 11. Stryk. de succession. ab intestat.
D. 4. C. 2. th 38. Carpzov. Lib. VI. resp. 55. q) CARPZOV. Part. II.
Const. 27. Def. 4. n. 6. id. in defin. ecclesiast. Lib. III. Tit. II. Def. 18. n. 14.

*Dignitas
mariti ab
uxore vidua
retinetur nec
tamen sem-
per ab uxore
militis. Vi-
dua foro pri-
uilegiario
mariti tri-
buitur nisi ha-
beat pinguius
privilegium.*

beant. *L. 13. C. de dignit.* Nolo disputare, quae sint clarissimae personae. *VLPIANVS* enim clarissimas personas, ait, appellari, quae senatoribus nuptae sunt. *L. 8. D. de Senator.* & *L. 5. D. de curat furiosor.* quamuis hoc nomen postea sciamus cum pluribus communicatum esse. Male sedulus viderer, si haerem in re manifesta, quam alii trecenti obseruarunt ^{r)}. Magis refert admonere, interdum impetrari posse a principe, vt vidua, quamuis postea viliori marito nupserit, retineat *clarissimae personae* dignitatem. *VLPIANVS* vero illud *perraro* fieri notauit, *L. 12. D. de Senator.* Vidua igitur manet clarissima persona ex mariti dignitate, donec nubat, atque ex illa etiam fori priuilegium ad eam peruenit. Neque tamen hoc est perpetuum. De *militibus* enim gregariis constitutum est, illorum vxores *viduas* & liberos iudici communi domicilii parere & vix vti priuilegio militaris fori, nisi cum maritis & parentibus versentur in castris aut hibernis ^{s)}. So wollen wir jedoch diejenigen Weiber und Kinder derer Unterofficiers und Gemeinen, welche ihren Männern und resp. Vätern nicht zum Regimente folgen, und bey denselben sich wesentlich nicht aufhalten, sondern ihr Gewerbe und Nahrung an einem andern Orte, mit Vorwissen und Genehmigung der ordentlichen Obrigkeit, treiben, davon eximiret haben, und sollen diese in allen Fällen unter der Jurisdiction des Ortes Obrigkeit stehen, auch daselbst belanget werden. Itemque paullo post: Also sind auch die Wittwen und Kinder derer verstorbenen Unterofficiers und Gemeinen dem foro ciuili unterworfen.

Possunt igitur haec iura viduarum legibus & consuetudine mutari. Vix meretur obseruari, vxorem etiam dignitatis *deminutionem* pati, si maritus viuus amiserit dignitatem. Obseruauit tamen illud auctor iuris prouincialis Saxonici, qui maritum, ait, posse a dignitate sua discedere illaque se abdicare, *inuita* etiam vxore: Ein Mann kann wohl seinen Heerschild, ohne seines Weibes Erlaubniß, niederlegen. 1. *L. R. Art. 25.*

Ex hoc fonte deducitur, etiam viduas *clericorum*, qui vel remoti sunt ab eo gradu dignitatis, vel illum sponte reliquerunt, communi *magistratui* domicilii subiectas esse. Depulsa enim superstitione & exploso *charactervis indelebilis* commento, placuit, ipsos etiam clericos, si renunciauerint officio suo, vel a dignitate illa deiecti sint, magistratui domicilii parere, fori priuilegio amisso. *Decis. Elect. nouiss XXXV.* de an. 1746. Kirchen, oder Schuldiener, welche resigniret oder von ihrem Amte removiret worden, sind nicht mehr als geistliche Personen anzusehen, sondern nebst denen andern der Jurisdiction der Obrigkeit des Ortes, allwo sie sich aufhalten, unterworfen.

Cere-

^{r)} *BRISSENIUS* 3. Sect. 16.

^{s)} Königl. Pöhl. und Churfürstl. Sächsl. erneuerte Ordonnanz cap. X. §. 113. p. 94.

Ceterum clericos, constat, quam diu honoribus funguntur, propter sanctitatem officii sui & varias ob causas, ad iudicem secularem non vocari posse. Pontifex enim excommunicationis poenam iudici minatur, qui clericum, etiam minoris ordinis, ad tribunal suum trahere aut condemnare audeat, sine pontificis decreto. *c. 2. X. de foro competent.* Quamvis autem Pontifex vix cogitare potuerit de clericorum vxoribus & viduis, tamen in plerisque prouinciis, etiam Saxoniciis, obtinuit, vt viduae clericorum, vbicunque habitauerint, exemptae foro communi, a consistoriis ecclesiasticis duntaxat curatores accipiant, & coram eodem iudice, cui maritus paruit, conueniantur ¹⁾. Quapropter vidua pastoris, ne quidem huic foro se subtrahere poterit voluntaria renuntiatione, quum nec maritis vivis hoc facile & sine graui causa permittatur. Praeterea opportune PAVLLVS monet, dignitatem potius *adiunctionem* fori priuilegarii dedisse, quam forum commune permutasse. *L. II. D. de Senatoribus.* Quomodo igitur rem definiemus, si vxor vidua, quae fori priuilegium *ex persona mariti* habuit, mutato domicilio, cum parente suo habitet, qui & ipse alio fori priuilegio vtatur? Dubium videri posset, vtrum patris potius, an mariti priuilegium vidua sequatur, quum & patris & mariti priuilegium etiam liberos & vxores viduas attingat. Dicemus, quum dignitas *adiunctionem* fori pariat, pinguius priuilegium praeferrri, quum nemo credatur meliori priuilegio renunciare voluisse. Vnam speciem excipio, si duo illa priuilegia ita inter se pugnent, vt simul consistere nequeant & alterum ab altero consumatur, aut si alteri priuilegio efficaciter nequeat renunciari. Saxones videntur parentis priuilegium praeferre, si, relicto domicilio mariti, vidua confugerit ad patrem: Wenn der Mann stirbt, so ist das Weib ledig von seinem Rechte, und behält Recht nach ihrer Geburt. *Ius Prou. Sax. Lib. I. Art. 45.* Inprimis vero in his causis consuetudinem prouinciae sequimur, quum ipse etiam Pontifex in controuersis clericorum distrahendis consuetudinem non negligendam esse arbitretur. *c. 13. X. de foro competent.*

§. VII.

Viri igitur vxores in fortunarum omnium & ciuitatis & domicili & quo nihil humano generi carius est, communium liberorum societatem sibi liberaliter adiungunt ^{u)}, ideoque etiam *nomen* & familiae *insignia* cum vxoribus communicant, ne ab vlla parte diuini & humani iuris a maritis exclusae videantur. Ita GAIUS vxorem suam nomine proprio inflexo atque ad muliebrem sexum accommodato, quasi animae dimidium suae ^{x)}, GAIAM in familia appellari iubet. Dici non potest, quam diligenter veteres laborauerint, ne

Nomen & insignia mariti mulier vidua retinet nec temere mutare potest.

nomen.

¹⁾ CARPZOV. in defin. ecclesiast. Lib. III. Tit. II. Def. 18. n. 14.

Lib. I. C. VIII.

^{x)} HORAT. Lib. I. Od. 3. v. 8.

^{u)} LIV.

nominis sui memoria obliuione a posteris contereretur. Romani ne domos quidem suas, quas ipsi aedificauerant, aut a maioribus acceptas possederant, e *nominis* suo *exire* voluerunt. *L. 77. §. 11. D. de legat. II. & L. 77. §. 28. D. eod.*

Multi, quibus liberi non erant, adoptionis iure extraneos necessitate *ferendi nominis sui* obstrinxerunt. Libertos etiam, qui beneficio domini ad libertatem peruenerant, *nomen suum sibi induere iusserunt*, ut immortalitas & ornamenta familiae, quam plurimis in nomen adscitis, aeterna serie ad posteros propagarentur. Hinc PAPINIANVS monet, libertos & libertas ad nomen patroni pertinere. *L. 77. §. 28. D. de legat. II.* Etiam extranei, quos paterfamilias adoptauerat, *in nomen assumi* dicebantur, quum nominis amplificandi causa plerique extraneos arrogarent. Praeterea heredibus & legatariis interdum adscripta est *conditio nominis ferendi*, ut testatoris memoria recoleretur. *L. 63. §. 10. D. ad Sctum Trebellian.* PEGASVS quoque in donationibus hoc obseruatum esse docet, ut daretur aliquid sub *conditione nominis ferendi*. *L. 19. §. 6. D. de donat.*

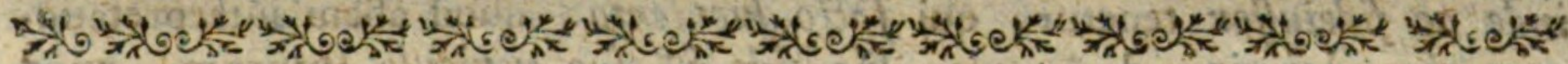
Hoc consilio mariti uxores *nomen* suum retinere voluerunt, ut memoriam virorum sanctius obseruarent. Etiam *insignia familiaria* vxoribus attributa, donec nuberent, ut ipsae praesentia viri mortui vestigia oculis contemplarentur. Inprimis Germani, exemplo aliarum gentium, *insignia* vxoribus attribuerunt. Quamuis enim maiores nostri insignia *propter militiam* praecipue assumerent, ut agnati, qui simul militabant in exercitu, erectis clypeis intelligerent, atque signa consistere deberent, vnde insignia plerumque *der Heerschilde* appellantur; tamen noluerunt uxores, periculorum & fortunarum socias, ab usu signorum familiarium excludere, ne illae maritorum obliuiscerentur. Obtinuit in illustribus familiis, ut uxores, *clypeo dimidiato* insignia maritorum vel praeponerent, vel subiicerent signis gentilitiis & auitis, quae a maioribus acceperant ¹⁾. Hac de causa etiam duces Burgundiae filiabus olim permiserunt, ut dimidiam partem clypei, in quo parentis insignia exprimebantur, vacuam relinquerent, donec mariti futuri insignia ad signa gentilitia adiungi possent ²⁾.

Igitur videamus, an *nomen* mariti vidua *dissimulare*, aut *insignia* eius amoliri & *amouere* possit, ut memoria prioris matrimonii conteratur. IMPERATORES quidem cuilibet homini libero permittunt, ut *nomen* sine fraude & periculo *mutare* possit. *L. vnic. C. de mutat. nomin.* IULIANVS etiam apud GAIVM censet, heredibus subinde remittendam esse conditionem *nominis*

¹⁾ D. Joh. Wolfgang Eriess Einleitung zur Wapenkunst, c. 10. p. 192.
 ibid.

²⁾ idem

minis ferendi, imprimis si famosum & turpe fuerit nomen testatoris. *L. 63. §. 10. D. ad SCtum Trebell.* Neque dubito recte viduas mariti perduellis & infamis nomen recusare, quum *NERATIVS* doceat, ne lugendos quidem maritos esse suspendiosos aut perduellionis reos, & quorum memoria damnata est. Etiam hodie non raro viduae, quas pudet prioris matrimonii, insignia virorum amouent & solo nomine gentilitio vtuntur, quod plerique sine periculo fieri iudicant. Certe tamen, si a iudice in ius vocandae sunt viduae, non possunt prohibere, quo minus nomine mortui mariti appellentur. Maxime vero si beneficiis viduarum frui velint, nomen viri defuncti amoliri & dissimulare nequeunt. Neque enim hoc ferendum est, si viduae viri honesti & probi nomen cum iniuria & contemptu auersentur. *IULIANVS* igitur apud *PAVLLVM* etiam post diuortium coniugibus honorem pristini matrimonii commendat. *L. 2. D. de action. rer. amotar.*



XCIX.

THESES IVRIS CIVILIS

D E

FIDEIVSSIONE TACITA

S E V

QVASI FIDEIVSSIONE.

AD LEGEM II. PR. D. AD MVNICIPAL.

VITEMBERGAE, DIE XVI. IVLII MDCCCCLIV.

I.

Olim fideiussiones non solum *interrogationem & responsionem*, sed etiam *verba sollemnia*, desiderabant. *LEO* autem & *IUSTINIANVS* non quidem *interrogationem & responsionem* in stipulationibus sustulerunt, sed hoc tamen permiserunt contrahentibus, vt *quibuscunque verbis*, congruis vero & consensum luculenter declarantibus, respondere possent promissores ad *interrogationem stipulatoris*. *L. 10. C. de contrahend. vel committend. stipulat. & §. 1. D. de V. O.*

II.

Iure Civili igitur mansit, etiam post *IUSTINIANVM*, aliquod discrimen inter pacta nuda & stipulationes, quum hae sine interrogatione & responsione contrahi vix possent. *Cocceius de usu & differentia hodierna pactor. & stipulat. Dissentit a LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. medit. V.*

III.

Veteres non tam anxie desiderarunt verborum solemnitatem in stipulationibus, si finis ille, propter quem solemnitas ista introducta est, alia ratione satis manifeste obtineri posset. Hinc *consensus tacitus*, etiam ante *IUSTINIANVM*, in stipulationibus effectu non caruit. *§. 5. I. de inutil. stipulat.*

IV.

Certe admissa est *tacita fideiussio* seu *quasi fideiussio*, vi cuius ille *perinde ac fideiussor* tenetur, qui *facto luculento*, quod aliam interpretationem vix admittit, declaravit, *sua fide & suo periculo* futurum, quod alius debet.

V.

Igitur si filiusfamilias voluntate patris decurio creatur, vniuersis muneribus, quae decurioni filio iniunguntur, obstrictus est pater, *quasi fideiussor* pro filio, quamvis interrogatio & responsio non interuenerit. Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quicquid in republica filius gessit, pater, *ut fideiussor*, praestabit. *L. 2. pr. D. ad municipal.*

VI.

Iure praetorio introductum est *Constitutum*, ut nudo pacto suscipi posset *obligationis alienae periculum*. *L. 1. D. de constit. pecun. & L. 27. D. eod.* Sed etiam *iure civili* obtinuit, ut quis posset *obligationi alienae* accedere absque stipulatione, siquis consensum suum *facto luculento* & indubio declararet. *L. 2. pr. D. ad municipal.* Inprimis si *fauor causae* vel *aequitas* manifesta suaderet, ut periculum obligationis alienae ad quasi fideiussorem spectaret.

VII.

Qui *tacite* ipso facto fideiubet, aequae ac fideiussor *beneficiis fideiussoribus* utitur, nimirum exceptione ordinis, diuisionis & cedendarum actionum.

VIII.

Pater tenetur propter mutuum, quod filius contraxit, si voluntate eius, quamvis *tacita*, mutuum contractum est. *L. 7. §. 11. D. de Scto Macedonian.*

IX.

IX.

Si pater non contradixit, quum audiret, filium quasi mandato eius mutuum contrahere, obligatur, *tacito consensu*. L. 16. D. de SCto Macedon.

X.

Pater videtur *tacite* consensisse, ut filio ea pecunia crederetur, quam ipse solebat filio subministrare. L. 7. §. 13. D. de SCto Macedon. L. 2. C. eod.

XI.

Pater tenetur *quasi fideiussor*, si filius alicui damnum iniuria dedit, vel poena afficiendus fuit, quae in mulctam conuersa est: sed mulctam aut damnorum aestimationem soluere tantum cogitur ex substantia bonorum, quorum proprietas ad filium, vsusfructus ad patrem, pertinet, non vero ex suis bonis. *Decis. Elect. nouiss. XXXVI. de die 2. Iul. an. 1746.*

XII.

Est aliud exemplum *fideiussionis tacitae* seu *quasi fideiussionis*, si quis scripserit, se pro alio interuenisse. Perinde enim habetur, ac si interrogatione praecedente fideiussisset. §. 16. & 17. I. de Inutil. stipulat. §. ult. I. de fideiussor. & L. 134. §. 2. D. de V. O. Sola enim praesentia fideiussoris desiderata est.

XIII.

Si quis *dolose* & sciens debitorem obaeratum, qui soluendo non est, quasi locupletem, cui sine periculo credi possit, specialiter alteri commendat, *quasi fideiussisse* censetur. *Decis. Elector. XLII.* Igitur

*Si quem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem a).*

XIV.

Qui alteri actionem suam aduersus debitorem suum vendidit, non videtur *tacite* pro debitore *fideiussisse*. L. 4. D. de heredit. vel action. vendit. Veritatem enim nominis, non bonitatem, praestare cogitur, hoc est, debitorem verum quidem, sed non locupletem. dict. L. 4. D. de heredit. vel action. vendit.

XV.

Qui alteri debitorem suum assignat, ipse nihilominus tenetur, si debitor assignatus non sit soluendo, nisi *nouatio scripta* interuenerit, per quam debitor assignans, accepta apocha, liberatur. *vid. Mandat. Reg. Pol. Elector. Sax. d. die 23. Sept. Anno 1699.*

a) новат. Lib. I. epist. 18. v. 76.

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE PERICULO
OBLIGATIONIS ALIENAE
SINE FIDEISSIONE.

AD LEGEM IV. §. III. D. DE FIDEIUSS. ET NOMIN.

VITEMBERGAE, DIE AVG. CIDI CCLIV.

*Lex VI. §. III. D. de Fideiussoribus & nominatori-
bus & heredibus tutorum & curatorum.*

V L P I A N V S Lib. XXXVI. ad Edictum.

Fideiussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt, & non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum: qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmauerint, fideiussorum vicem sustinent.

§. I.

*Periculum
obligationis
alienae ple-
rumque fugi-
mus.*

Difficillimum est officium, quod MARCVS TVLLIVS praedicat ^{a)}, *periculum fortunarum* & capitis negligere prae alterius salute, aut pro ami-
eis se in discrimen atque *periculum* inferre ^{b)}, cum plerique suis ipsi re-
bus non satis se consulere posse arbitrentur. Vix uxori maritus persuadet,
ipsam in societatem *periculorum* communium adscitam esse ^{c)}, ut res se-
cundae & *pericula* inter coniuges communicentur ^{d)}. Dubiae & incertae
sunt voluntates hominum, ut vix quis tuto audeat pro alio spondere. Ille
apud PLAVTVM auersatur *periculum* obligationis alienae, & ipse sibi ma-
uit

arare, occare, sibi severe, sibi etiam metere ^{e)},

ne

^{a)} CICERO XIV. Epist. ad Fam. 4.

c. 10.

^{c)} TACITVS de mor. Germ. c. 18.

c. 7.

^{b)} CICERO in Orat. pro L. Corn. Balbo

^{d)} CICERO de Amicitia.

^{e)} PLAVTVS in Mercat. Act. 1. Sc. 1. v. 71.

ne fructus sementis suae ab aliis, pro quibus se obstrinxit, consumatur. In rebus dubiis multi dant consilium, pauci audent *periculum* sumere *f)*, ne in societatem malorum & calamitatis alienae pertrahantur. Recte PAVLVS noster durum esse ait *fideiussoris* officium, in quo non sola opera amici, nudumque ministerium versetur, sed etiam *periculum* rei familiaris atque fortunarum. *L. 1. pr. D. ad Sctum Vellei.*

Pauci igitur adducuntur, ut promittant sua *fide* & *periculo* futurum, quod alter debeat. Plerisque magis consultum videtur, ex alienis *periculis* discere atque utilitatem aliquam sectari, quam aliorum *periculis* se immiscere. Ita Chremes apud PUBLIVM TERENTIUM:

Scitum est, inquit, periculum

ex aliis facere tibi, quod ex usu fiet g).

Hoc cum intelligerent magistri artis nostrae, non facile praesumendum esse censuerunt, quod quis pro aliis fidem suam adstringere voluerit, nisi verbis luculentis declarauerit animum suscipiendi *periculi* ex obligatione aliena, *L. 99. D. de verb. oblig. L. 44. D. de hered. instit.* Timet enim quilibet, ne *periculum* sentiat ex sua misericordia *h)*, quod VESPASIANO TACITVS accidisse ait. Hac de causa Praetor quosdam etiam *inuitos* *periculo* obligationis alienae obiciendos esse credidit, ne publica negotia defererentur. Ita VLPIANVS patrem onerari ait *periculo* decurionatus & tutelae & reliquorum munerum, quae filius suscepit *L. 7. D. de tut. L. 2. pr. D. ad municip. & PAVLLVS* etiam *magistratus* quasi fideiussores, quamvis *inuitos*, teneri voluit, si non idoneos dederint tutores. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Plerique igitur a se amoliantur *periculum*, quod ex facto alieno ad se spectare intelligunt. Neque tamen desunt, quibus *dulce* est illud *periculum* *i)*, in quod se inferunt pro amicis suis. Hi enim liberali officio ferunt beneficia, cum pro aliis intercedunt, ut fructum benevolentiae & honestatis metere & aliis prodesse possint *k)*. Audiamus Euryalum apud VIRGILIUM MARONEM:

Mene igitur socium summis adiungere rebus,

Nise, fugis? solum te in tanta pericula mittam l).

Certe

f) TACITVS Hist. Lib. III. c. 69.

h) TACITVS Hist. Lib. III. c. 66.

i) — — dulce periculum est,

O Lenace, sequi deum.

BORAT. Carm. Lib. III. Od. 25. v. 18.

k) CIC. Orat. antequam iret in exil. c. 2.

g) TER. Heaut. Act. 1. Sc. 2. v. 36.

l) VIRG. Aen. Lib. IX. v. 199.

Certe *patrem* se obiiicere *periculo* tutelae pro filio *VLPIANVS* credit, si tutelam filio delatam agnoscat, aut attingat, aut non contradicat, cum tutela filio defertur, *L. 7. D. de tut. & L. 2. pr. D. ad municipal.* Igitur non perdituri esse operam videmur, si de his, qui *periculum* obligationis alienae subeunt, quamvis solemni stipulatione se non obstrinxerint, diligentius dispiciamus.

§. II.

Periculum est necessitas solvendi quod alius debet ne creditor decipiat.

Ad quosdam igitur, ut diximus, spectat *periculum obligationis alienae*, quamvis non *interuenerint* pro debitore. Si enim *publice interfit*, ut securitati creditoris consulari, & causa illa *fauore* singulari commendetur, nonnulli etiam inuiti *periculo quasi fideiussores* onerantur. Sed *periculum* ^{m)} hoc loco dicimus *euentum* obligationis, quam alius contraxit, ut ille, cuius *periculum* est, creditori teneatur, si debitor principalis non *satisfecerit* creditori suo. Hac sententia *VLPIANVS* ait patrem ⁿ⁾ *in solidum* teneri, hoc est, pupillo, perinde ac si ipse tutelam gesserit, satisfacere debere, si agnouerit tutelam filio delatam, cuius *periculum* sciuerit ad se spectare *L. 7. D. de tut. o)*. Ita Romanus *APPELLVS* apud *PAVLLVM* conquestus est, duplex se *periculum* tutelae sustinere, cum & ipse tutor datus esset, & collegam suo *periculo* tutorem nominasset. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Sustinemus itaque *periculum* obligationis alienae, si euentus ad nos pertinet, & ipsi exsoluere cogimur, quod verus debitor praestare debuisset. Eleganter *PAVLLVS* noster quaedam *in bonis* nostris, quaedam tantum *nostro periculo* esse iudicauit. Sed ea dicuntur esse *nostro periculo*, quae quidem aliena, neque a nobis ipsis administrata sunt, ita ad nos tamen pertinent, ut *casum & euentum* praestare debeamus. *L. 18. pr. D. de damn. infect.* Idem alio loco nautis, qui res quasdam saluas fore receperint, furti actionem competere iudicat, cum *periculum* rerum subreptarum praestare teneantur. *L. 4. D. pr. naut. caup.* Ne quis dubitare possit, aperte *DIOCLETIANVS* *periculum* appellat *casum amissionis* & fortunam *futuri damni*, quam praestare debeat ille, qui susceperit *periculum* rei commodatae, aut qui *indemnitate* promiserit auctori suo. *L. 1. C. de com. modato.*

Quare apparet, *casum fortuitum & vim maiorem & omne damnum* nonnunquam sentire ac praestare illum, ad quem *periculum* pertinet. Quapropter hoc singulare & contra rationem receptum esse videtur, ut quis sustineat *periculum obligationis alienae*. Iniquum enim esse creditur, si quis prae-

^{m)} GREGORII LOPEZ Animadu. iur. ciu. c. 12. in thes. Otton. Tom. III p. 46.

ⁿ⁾ vid. DESID. HERALDI Obseru. cap. 30. apud Otton. Tom. II. pag. 134.

^{o)} vid. IAC. LECTIVS ad Modest. de poen. in thes. Otton. Tom. I. p. 152.

praestare debeat, quem nullo humano consilio prouidere potuit, fortuitum euentum. *L. 2. §. 7. D. de adm. rer. ad ciu. pert. L. 2. §. 1. D. de per. & com. rei vend. L. 13. §. 1. D. de pign. act. p).* Hinc **VLPIANVS** negat *periculum* in emtionibus praestari a venditore, nisi res perierit *post moram* venditoris, aut nisi per venditorem steterit, quo minus res emtori traderetur. *L. 4. pr. D. de per. & com. rei vend.* Apertius vero **DIOCLETIANVS** tunc maxime *periculum* praestandum esse ait, si quis *fortunam* damni futuri suscepit *conuentione. L. 1. C. de commodat.*

Itaque subinde damna omnia, quacunque de causa euenerint aut acciderint, *periculi* nomine notamus. Neque tamen hoc est perpetuum, neque semper *periculi* appellatione *omnes casus*, neque omnia damna fatalia sine ullo discrimine, comprehenduntur *q)*. Multum interest, *quomodo & quae de causa* aliquis *periculo* obligationis alienae oneretur. Si enim *periculum* facti alieni ad nos pertinet, quia debemus *diligentiam* praestare in regendo & moderando facto debitoris, *periculum* strictius interpretamur, ut illa duntaxat damna intelligantur, quae prouideri & nobis imputari potuerunt. *L. 2. §. 7. D. de admin. rer. ad ciu. pertin.* Sed qui *suscepit periculum* libera *conuentione*, vel *indemnitate* promisit creditori, & fidem suam pro omni euentu obligationis alienae generaliter obstrinxit, omne illud, quod alius debet, soluere cogitur, si primus debitor creditori suo non satisfecerit. Denique si quis ob reipublicae utilitatem, aequitatis causa duntaxat ut iubeatur *periculum* praestare, ille non semper in omnem causam & de omni euentu fortuito tenetur. Praeterea ne ille quidem, qui *expresse* suscepit *periculum*, *omnibus*, *quorum interest*, & qui damnum sentiunt ex facto debitoris, obligatur, sed ei tantum, cui promisit indemnitate, & *cuius intuitu periculum* suscepit. *L. 2. §. 5. D. ad municipal.* Ne igitur in re ambigua decipiamur, de singulis speciebus distincte & separatim exponemus.

§. III.

Nimirum quidam vel pretio inuitati, vel iure amicitiae adducti, vel aliis de causis, *sponte* accedunt ad *periculum* debitoris obaerati, qui sua *fiducia* & suo *periculo*, ut **PLAUTVS** ait *r)*, rem gerere non potest. Hos igitur fideiussores pro debitoribus sibi obligare solent creditores, ut *diligtius sibi cautum* sit *pr. I. de Fideiuss.* hoc est, ut ipsi careant *periculo*, quod in fideiussores idoneos transfertur. Quapropter dubitari non potest, quin

Qui suscepit periculum ob casum etiam tenetur. Fideiussio olim interrogatio nem & responsionem desiderauit, neque illa so-

p) vid. **PETRI BURGII** Elect. c. V. apud Otton. Tom. I. p. 318.

REGII Enantiophanōv iur. ciu. Lib. II c. 20. apud Otton. Tom. II. pag. 1508. *Et caruit.*

r) **PLAUTVS** in Bacchid. Act. IV. Sc. IV. v. 100.

quin hi quidem, si in omnem causam negotii se obligauerint, ex luculenta promissione sua, in omnem euentum & de omni fortuna damni futuri, cuius euitandi causa accepti sunt, creditori teneantur. Ita enim PAVLLVS rem interpretatur. *L. 54. pr. D. locat. conduct.* Hinc etiam fideiussores, ob moram debitoris in vsuras damnabuntur, nec poterunt constitutiones principum inuocare, quibus cauetur, ne fideiussores, qui ad sortem soluendam se obstrinxerint, in vsuras teneantur. *L. 88. D. de Verb. oblig. L. 68. §. 1. D. de fideiuss.*

Quare intelligitur, duram fuisse, ut supra obseruatum est, conditionem illorum, qui *periculum* obligationis alienae suscepissent. Hoc Parmenio apud Publium Terentium notauit, verbis:

Si periculum, vltum in te inest,

Periisse me vna, haud dubium est s).

Noluerunt itaque Veteres, iudicem facile suspicari, quod quis *omne periculum* debitoris suscipere, & in omnem causam se obstringere voluerit, nisi de *seria* eius voluntate certissime constaret. *d. L. 54. D. locati conduct.*

Hoc consilio inuentae sunt *interrogationes* & *responsiones*, quarum solemnitate animos leues & dissolutos facillime obstringi posse crediderunt, ut *serio* rem administrarent. *L. 1. §. 2. D. de verb. obl. L. 1. §. 7. D. de obl. & action.* Neque res illa fructu caruit. Habent enim *interrogationes* vim aliquam insignem, qua animus quasi aculeis quibusdam ^{t)} vrgetur & pungitur, ut secum habitet, & rem, de qua interrogatum est, perpendat atque secum deliberet, quasi responsurus. Certe in Comitibus nihil magni momenti tractabatur, nisi Quirites rogasset magistratus: Velitis, iubeatis, Quirites, ita vos rogo. Germani veteres hoc imitati sunt, qui iudicem scabinos distincte & sigillatim *interrogare* voluerunt, ut de singulis momentis in sententia respondeatur *Ord. Crim. Carol. Art. 84. sequ.* Immo vero in ipsa delicti inquisitione de singulis momentis facti distincte & separatim *interrogandum* fuit, ut certius & luculentius de animo & confessione delinquentis iudici constaret. *Art. 48. ord. crim. Carol.* Quod etiam Saxonibus placuit: daß der Richter die Verbrechung Articulsweise fasse, dieselbe dem Gefangenen fürhalte, ihn darüber höre ^{u)}. Eadem solemnitate in aliis magni momenti negotiis, etiam in sponsalibus, arg *L. 1. D. de spons.* & copula sacerdotali ^{x)}, quamuis constet de partium consensu, vitumur, ne, neglecta interrogatione, decepti & circumuenti esse videantur.

Iure

s) TERENCE. Hecyr. Act. 3. Sc. 1. v. 46.

Fabius Quint. de inst. orat. Lib. IX. c. 3.

u) Weyl. Churf. AUGUSTI Befehl de Anno 1579. von Inquisit. Proc. in Cod. Aug. Tom. I. pag. 1047.

x) General. Art. 13. in Cod. Aug. Tom. I. p. 684.

t) CICERO de fin. Lib. IV. c. 3.

Iure igitur civili inuentae sunt stipulationes, vt post *interrogationem* vno verbo contraheretur obligatio, ex qua iam maturo iudicio quis condemnari posset y), quamuis per iocum aliquid promississe videretur z). Tanta enim vis inesse in his formulis credebatur, vt illae non secus ac postea Exorcismi, etiam genios ac Lemures fugare posse atque diuini aliquid habere censerentur a).

Diu veteres in illis formulis perseuerarunt, donec Leo & Iustinianus *formulas* tollerent, & verba solemnia abrogarent, retenta tamen interrogationis & responsionis mutuae necessitate. *L. 10. C. de contrah. vel commit-tend. stipulat. & §. 1. I. d. verb. obl.* PAVLLVS vero obseruauit, plerumque duntaxat *praesentiam* vtriusque partis desideratam esse, vt etiam, si *scripserint* contrahentes, alterum de certa pecuniae summa cauisse, perinde acceptum sit, ac si post solemnem interrogationem promissor respondisset. *L. 134. §. 2. D. de verb. obl. §. 16. & 17. de inutil. stipul. §. ult. I. de Fideiuss.*

In quibusdam tamen causis non solum Iure praetorio, *L. 1. & 27. D. de constit. pecun.* sed etiam civili, admissum est, vt *qualibet consensus significatione periculum obligationis* alienae efficaciter susciperetur.

§. IV.

Accepisti eos, qui pro aliis interueniunt, & *periculum* obligationis ab aliis contractae suscipiunt, luculenta & seria declaratione voluntatis obligandos, ideoque *solemnitatem* aliquam necessariam fuisse, vt fide sua fidem debitoris confirmarent. Certe enim *praesentes* esse debuerunt, qui stipulationem inter se contraherent, & quasi fideiussores fidem suam interponerent pro debitore. Hoc enim VLPIANVS & IUSTINIANVS, quanquam sublatis formulis & verbis conceptis, retinendum esse iudicarunt. *L. 7. D. de tutelis L. 4. §. 3. D. de fideiuss. & nominat. L. 2. pr. D. ad municip. L. 134. §. 2. D. de verb. obl. §. 11. I. de inutil. stipul.* Sed, vt diximus, sensim etiam ante LEONEM & IUSTINIANVM descitum est a pristina seueritate, vt quibusdam adferri posset periculum ex aliena obligatione, quamuis non solemniter pro aliis intercesserint. Praecipue si *munus publicum*, vt *decurionatus* aut *tutela*, cuiquam *deferre*batur, *utilitas reipublicae* & *fauor pupilli* effecerunt, vt *fideiussores nominati*, interdum solo silentio suo, pro tutoribus obstringerentur. VLPIANVS enim ait, *fideiussores nominatos*, si praesentes fuerint, & non contradixerint, & nomina sua in acta publica passi sint referri, propter aequitatem, perinde teneri, ac si iure

Fauore mun-
nerum publi-
corum obti-
nuit, vt fide-
iussores &
adfirmato-
res pro tu-
tela & de-
curionatu
tacito con-
sensu obstrin-
gi possent.

N 2

legi-

y) CICERO pro Caecinna cap. 3. z) PLAVTVS in Pseudolo Act. IV. Sc. 7.
v. 126. a) IAC. RAEVARD. Varior. Lib. II. c. 5. p. 548.

legitimo stipulatio interposita fuisset. *L. 4. §. 3. D. de fideiuss. & nominat.* Hi igitur quamvis non fideiusserint, non secus ac si solemni fideiussione se obstrinxerint, pro tutoribus pupillo tenebantur.

Idem in adfirmatoribus placuit, qui *vicem fideiussorum* sustinent, etiam si, *sine fideiussione*, duntaxat *adfirmauerint*, tutores idoneos videri. *L. 4. §. 3. de fideiuss. & nominat. circa fin.* Est autem *adfirmator*, qui, quamvis *periculum* non susceperit, tamen liberaliter pronunciauit, debitores soluendo esse, ut tuto ipsis credi possit & nequeat de ipsorum fide dubitari. POMPONIUS quidem apud ULPIANUM non credidit, *adfirmatores* illos, qui debitorem commendauerint, in periculum adduci posse, nisi magna & euidenti calliditate creditorem decepisse videantur, *L. 7. §. 10. D. de dolo malo.* Sed si de *tutoribus* quis *adfirmauerit*, illos idoneos & soluendo esse, ob fauorem pupillorum, quorum salute spes futuri temporis & posteritatis continetur, placuit, illum quasi *fideiussorem periculo* tutelae onerari, *L. 4. §. 3. in fin. D. de fideiuss. & nominat.*

Eodem exemplo etiam *pater* vniuersis muneribus, quae filio decurioni iniunguntur, obstrictus est *quasi fideiussor*, si filius *voluntate* patris decurio creatus. *Consensisse* autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quicquid in republica filius gessit, pater, ut fideiussor, reipublicae praestabit. *L. 2. pr. D. ad municip.* Hoc autem reipublicae causa, & ne quid illa detrimenti capiat, constitutum esse, ex eo intelligitur, quia pater non cuilibet, cui filius damnum in decurionatu dedit, obligatur, sed reipublicae duntaxat tenetur, ut fideiussor, si filius patrimonium reipublicae imminuit, aut rem pecuniariam reipublicae dolo aut negligentia corrumpit *dict. leg. 2. §. 5. D. ad municip.*

Pater igitur ut *fideiussor* obstringitur pro *munere publico* filii *nuda voluntate* sine vinculo legitimae fideiussionis. Multo magis igitur in solidum tenebitur pater pro filio *tutore*, quem sciuit suscipere tutelam, & cui, gerenti pupillaria negotia, consensit, aut si scripsit pater in epistola, periculum tutelae non minus ad se, quam ad filium spectare. *L. 7. D. de tut.*

Possset alicui mirum videri, etiam veteres deseruisse notissimam formam fideiussionis, & patrem non interrogatum propter nuda verba fortuita *periculo* tutelae, quae filio delata esset, onerasse. Sed desines mirari, si cogitaueris, multa *extra ordinem* admissa esse, ut securitati pupillorum consuleretur. Eo pertinet, quod, si *plures* fideiusserint pro tutore, hi quidem *beneficio diuisionis* non gaudeant, sed singuli in *solidum* propter periculum tutelae a pupillo conueniri possint. Cum ipse enim pupillus non elegerit fide-

fideiussores, sed in illos inciderit, & ignorans, facto magistratus, in eam conditionem deductus sit, ut plures habeat fideiussores, aequius visum est, discrimen aliquod constitui inter fideiussores, qui pro aliis debitoribus, volente & eligente creditore, intercesserint, & eos, qui pro tutore interuenerint, in securitatem pupilli ignorantis. Obtinuit igitur, fideiussores, si apud alios creditores fidem suam pro debitoribus interposuerint, diuidendae actionis beneficium habere; sin vero pupilli causa pro tutore fideiussent, in solidum teneri, ne pupillus per plures aduersarios & plura iudicia distraheretur. *L. 12. D. rem pup. salu. fore.* Alii enim creditores sibi imputare debent, quod plures acceperint fideiussores, neque cauerint, ut hi renunciant beneficio diuidendae obligationis; pupillo autem ignoranti nihil est quod imputetur.

Ex his, quae adhuc disputata sunt, intelligetur, propter *securitatem* pupilli, maxime in nominandis & obligandis fideiussoribus, iura quaedam *singularia* recepta esse, quae iniqua videri possent, si ad alios extenderentur. Ex eodem fonte deducitur, quod fideiussores *tutorum*, quamuis non in *omnem causam* se obstrinxerint, contra iuris formam, de *usuris* etiam, in quas tutor propter moram & perfidiam condemnandus esset, efficaciter conueniantur. *AFRICANVS* enim tradidit, fideiussores, si tutor post pubertatem pupilli, moram fecerit, etiam in fructus & usuras medii temporis teneri. *L. 10. D. rem pup. saluam fore.* Nouimus autem, hoc non conuenire constitutionibus principum, qui, teste *PAVLLO*, fideiussores, mutuam pecuniam pro aliis soluentes, non usurarum, sed fortis duntaxat *periculum* agnoscere debere praeceperunt. *L. 54. pr. D. locati conducti L. 68. §. 1. D. de fideiuss. & mandat. L. 73. eod. b)*

Ab his, quae diximus, non multum recedit, quod *heredes* tutorum, propter summam fidem, quam tutela desiderat, etiam de dolo defuncti, quo in quasi contractu tutelae se contaminauit, a pupillo eiusque heredibus conueniantur. Hoc enim *PAVLLVS* & *POMPONIVS* docuerunt. *L. 12. §. 49 D. de obl. & act.* Sed constat tamen, si regulam iuris sequamur, ex *dolo* & *delicto* defuncti, heredes innocentes non teneri, nisi ex illo delicto aliquid ad ipsos peruenerit, aut lis iam coepta sit ante obitum defuncti. *L. unic. C. ex delict. defunct. in quantum hered. conueniantur.*

Cum igitur tantus fuerit fauor pupillorum, ut Legum interpretes *regulam iuris* defererent, in fideiussoribus tutorum obligandis; nemini displicere debet, solemnem etiam formulam fideiussionis neglectam esse, si quis pro pupilli tutoribus interueniret.

§. V.

b) GERARD. NOODT in Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 7. p. 579.

*Pater ex tu-
tela filii
de in rem
verso & de
peculio tene-
tur, si tute-
lam filio de-
latam non
agnouit.*

Quoniam igitur de *patris periculo*, quod ex filii tutela ad ipsum per-
tinet, quaedam obseruare coepimus, opportunum est, monere, *quando &*
quale periculum patri immineat ex muneribus publicis, quae filius, in po-
testate constitutus, administrat. Videtur enim difficultatem aliquam habere,
quod pater teneatur pro filio, cum filius propter aequitatis rationem fere
nunquam, nisi pater captiuus aut in carcerem coniectus sit, pro patre sol-
uere cogatur. DIOCLETIANVS enim constituit, filios, *ex patris super-*
stitis negotiis, nec munerum civilium, nec debiti causa, personali actione
conueniri posse. *L. 2. & 4. C. ne filius pro patre.* Immo ne cogi quidem
potest filius, ut caueat pro patre, qui curator datus sit, ne per aliena ne-
gotia distrahatur. *L. 3. §. 3. D. de administr. rer. ad ciu. pert.* Igitur
cum iura inter patrem & filium, propter unitatem personarum, *reciproca*
esse debeant, posset dubitari, an recte pater, pro quo filius soluere non
tenetur, periculum ex obligatione filii suscipere cogatur. Quod ad liberos
emancipatos attinet, merito regulam iuris sequimur, qua praecipitur, ne
pater ex illorum contractibus & negotiis vel lucrum capiat, vel detrimen-
tum. *L. 2. C. ne filius pro patre.* PAVLLVS enim & PAPINIANVS,
quae post emancipationem gesta sunt, ad patrem non spectare, iudicarunt.
L. 132. §. 1. D. de verb. obl. L. 47. §. 1. de fideiuss. & mandat. Sed
cum in potestate est filius, primo placuit, quae in *munere publico* a filio
gesta sunt, ad Patris periculum quodammodo referri. SEVERVS certe &
ANTONINVS rescripserunt, si filius tutor datus sit, patrem obligari, id-
que exemplo reliquorum *munerum civilium* introductum esse, ut appareat
generaliter, *ex muneribus civilibus* filii, patrem conueniri. *L. 1. C. quod*
cum eo qui in alien. potest. Hoc summam rationem habet, cum filios non
nobis, sed reipublicae inprimis generemus, ideoque officio patris contineat-
ur, ut exhibeat filium reipublicae, & tueatur negotia in administratione
muneris publici a filio contracta. Haec enim munera *necessario* a filiis etiam
inuitis suscipienda sunt. Sed, quae *necessario* erogantur, ad periculum pa-
tris pertinent; ut ne quidem SCti Macedoniani exceptio creditori recte
opponatur, qui filio ad *necessarias* erogationes pecuniam subministravit.
L. 7. §. 14. D. ad SCt. Macedon, c)

Conuenitur igitur pater ex tutela vel curatione, quam filius suscepit.
Sed *quatenus* soluere cogatur, diligentius expediemus. Olim quidem, cum
omnia lucra, ex quibuscunque filii negotiis, patris rationibus & patrimonio
inferrentur, dubitari non potuit, quin pupillo competeret actio *de in rem*
verso aduersus patrem filii tutoris, si quid, quod ad pupillum pertineat, ex
tutela

c) L. B. DE WERNHER, P. 4. Obs. 167. p. 780.

tutela filii peruenerit ad patrem. *L. 36. D. de pecul. & L. 1. C. quod cum eo qui in alien. potest. L. 21. D. de adm. & per. tut. & cur. L. 47. D. de pecul. d)* Hoc enim in omnibus contractibus receptum esse ait Labeo, apud *VLPIANVM*, ut, si quid in patris rem conuersum sit, actio detur in patrem, quasi cum ipso patre potius contractum esse videatur. *L. 1. D. de in rem verso.* Certe si corpus quoddam apud patrem est, quod ad pupillum pertineat, pater sine dolo malo illud retinere non potest, sed restituere iubetur. *L. 36. D. de pecul.*

Neque tamen consilii est, de *in rem verso* semper experiri, cum difficilis sit probatio specialis & certae *versionis*. Qua de causa placuit, etiam de *peculio* actionem dari in parentem ex munere publico, quod filius administravit. *SABINVS* enim & *CASSIVS* apud *VLPIANVM* docuerunt, ex omnibus contractibus filii actionem de *peculio* in parentem dari, & in hac specie filium a seruo maxime distare, quod filius libere contrahat, *periculo* parentis. *L. 3. § 9. D. de pecul.* *SENATVS* enim duntaxat mutuum pecuniarum & *IULIANVS* donationes filiorum de actione de *peculio* excepit, *L. 28. § 2. D. de pact.* In aliis negotiis, qui cum filio contraxit, duos habet reos, filium in *solidum*, patrem de *peculio*, obligatum, quod *VLPIANVS* obseruauit. *L. 44. de pecul.* Ne quis dubitet, hoc etiam ad quasi contractum administratae tutelae pertinere, *VLPIANVS* tradidit, patrem, quamuis non agnouerit filii tutelam, ex illa de *peculio* teneri, *L. 7. D. de tutel.* immo si quid neglexit filius in muneris publici administratione, ita *periculum* spectat ad parentem, ut de *peculio* conueniatur. *L. 3. § 13. D. de pecul. e)* Qua in re tanta fuit veterum seueritas, ut etiam de dolo, quem filius in tutelae administratione ante emancipationem admiserit, pater pro *peculii* quantitate teneretur. *L. 6. D. de tutel. & rat. distrab.*

De *peculio* igitur pater ex munere publico filii conuenitur. Neque potest dubitari, quin olim *omne peculium* quacunque ratione a filio acquisitum, hoc nomine comprehensum fuerit, cum ante *TITVM* & *DOMITIANVM*, *CONSTANTINVM* & denique *IUSTINIANVM*, non tam diligenter discreta fuerint filiorum *peculia*. *L. 1. pr. D. de testam. milit. L. 1. C. de bon. mat. L. 6. C. de bon. quae liber.* Sed postquam bona filiorum, quae extrinsecus ad illos peruenerunt, a reliquis segregari coepta sunt, & constitutum est, ut horum duntaxat *ususfructus* ad patrem, proprietas ad liberos pertineret, quidam dubitauerunt, an patris *ususfructus* contractu vel quasi contractu filii ita possit imminui, ut pater ex bonis *aduentitiis* pro filio solue-

d) vid. *IAC. CUIAC.* Lib. XIII. c. 34. Oper. Tom. III. p. 415.
CUIAC. Lib. V. l. c. 31. Oper. Tom. III. p. 201.

e) vid. *IAC.*

soluere cogatur. STRYKIVS *f)* quidem argutatur, & ex contractibus novis executionem in bona adventitia filii, usque ad mortem patris differendam esse iudicat, ne usufructus patris facto filii imminuatur. Sed si rationem naturalem audiamus, non hoc consilio patri usufructus *adventitiorum* bonorum ab Imperatoribus concessus est, ut creditores filii & res publica decipiantur. Pater, qui ex usufructu *lucrum* captat, non praeferendus est pupillo, aut reipublicae, cuius tutelam vel curam gessit filius. Hi enim, quorum bona a filio administrata sunt, de *damno vitando* maxime laborant, ideoque potior illorum, quam patris, *lucrum* captantis, ratio haberi debet. Agnovit hoc IUSTINIANVS, & professus est, quod *non sit possibile*, ipsum filium aliquid dependere, si nuda proprietas bonorum adventitiorum filio relinquatur, ideoque constituit, patrem *actiones suscipere* debere, quae *contra filium* propter bona adventitia instituantur. *L. 8. §. 3. C. de bonis quae liberis.* Optime B. Lib. Baro de WERNHER omnia, quae *neccessario* eroganda sunt, a patre ex bonis *adventitiis* exsoluenda esse observavit *g)*. Sed *munera publica* filius, *neccessitate* quadam iuris, suscipere tenetur. Praeterea disputatione vix indiget, *omnia bona* tutoris filii, ideoque etiam illa, quorum nudam proprietatem filius tutor habet, pupillo iure *tacitae hypothecae* obligata esse. *L. 20. C. de adm. & per tut & cur. L. unic. C. rem alien. gerent. Ord. Proc. Sax. Elect. Vet. Tit. XLV. §. 4. 5.* Ut taceam, illum, cui *omnium bonorum* usufructus competit, *neccessitatem* exsoluendi aeris alieni non facile subterfugere. *L. 43. D. de Usu & usufructu & redditu, L. 8. §. 4. de bonis, quae liberis. b)*

Diluit omnem dubitationem Augustissimus Legislato Saxo, qui haud ita pridem constituit, patrem *damnum* a filio datum ex *substantia bonorum adventitiorum* restituere debere, ne cum damno illorum, qui iniuriam passi sunt, *lucrum* ex bonis filii aucupetur. Audiamus Verba legis sapientissimae: Wenn Kinder etc. jemand Schaden gethan, und daher ihnen der Ersatz desselben oder auch wegen eines Verbrechens oder Begünstigung eine Geldstrafe und Unkosten zuerkannt, oder die sonst zuerkannte Strafe in eine Geldstrafe verwandelt wird, und dieselben sonst nichts in Vermögen haben, so ist der Vater etc. von denen Gütern, davon ihm der Usufructus zustehet, jedoch nicht von denen Nutzungen, solchen Schaden zu ersetzen, auch die Strafe und den baaren Verlag zu entrichten, verbunden *i)*. Non dubito, *damni dati* nomine in hac lege Saxonica etiam *residua*, quae filius, ex rationibus tutelae, pupillo restituere debuit & interuertit, comprehendi.

Ne-

f) SAM. STRYKIVS in *Vsu modern. Dig. ad Lib. XV. Tit. 1. §. 6. pag. 122.*

g) L. B. DE WERNHER P. 4. Obl. 167. p. 480.

b) AVGVSTINVS a

LEYS. Vol. II. Med. ad pandect. sp. 106. M. 2. p. 421.

i) Dec. El. Nouiss. 36.

de dato Dresden den 2. Julii, Anno 1746.

Neque moueor, quod haec Uecisio Electoralis, si nexum totius orationis inspicimus, maxime ad debita ex *delicto*, atque ad actionem Legis Aquiliae, non vero ad contractus pertinere videatur. Enimvero *generaliter damni dati* mentio facta est: Wenn Kinder jemand Schaden gethan, quod etiam ad damna a filio tutore data certissime refertur. Si enim pater *damna ex delicto* filii sarcire cogitur, multo magis de debito ex *quasi contractu* filii, qui tutelam pupilli cum huius iniuria administravit, conveniri potest. Immo vero iure civili, quae in tutela *dolo, culpaque lata* tutoris admissa sunt, *delicti* rationem habere iudicantur, quamvis iudicio tutelae civili vindicentur. *L. 49. D. de obl. & act. L. 12. eod. k).*

Ex quo apparet, si etiam haec lex Saxonica de delictis duntaxat accipienda esset, nihilominus patrem ex hoc delicto filii, quo *damnum* pupillis dedit, conveniri posse, ut soluat ex substantia bonorum, quae pater iure ususfructus administrat.

§. VI.

Pater igitur tenetur *de in rem verso*, & semper *de peculio*, propter tutelam, a filio, qui in potestate eius est, administratam. Superest, ut videamus, an non interdum in *solidum* de omni periculo, etiam ultra vires peculii, & quamvis nihil ad ipsum peruenierit, a pupillo conveniri possit. *VLPIANVS* docet, in solidum patrem tutoris teneri, si agnouerit tutelam, quae filio a praetore delata sit. *L. 7. D. de tutel.* Idem *VLPIANVS* alio loco de muneribus publicis praecipit, patrem, si filius, ipso volente, decurio creatus sit, vniuersis muneribus obstrictum esse, quasi fideiussorem. *L. 2. pr. D. ad municip.* Luculenter Imperatores *SEVERVS & ANTONINVS* rem definiuerunt: Si filius, inquit, voluntate patris decurio sit creatus, vel a magistratibus tutor aut curator datus, pater in *solidum* satisfacere cogitur, cum *id onus exemplo caeterorum munerum* civilium introductum intelligatur. *L. 1. C. quod cum eo qui in aliena potest.*

Itaque conuenitur pater in *solidum*, quasi fideiussor, ex munere publico filii, si illud voluntate patris a filio susceptum est, aut si pater munus publicum filii agnouit. Ex hoc fonte deriuatum est, quod tota familia excusetur, si in illa sint tria onera tutelae, quae ad periculum patris spectare videantur, & voluntate patris a filiis administrentur. *L. 5. D. de excusat.* Idem etiam in seruorum delictis receptum, ut, si sciente domino, qui prohibere potuisset, seruus deliquerit, dominus in *solidum* teneatur. *L. 5. §. 1. D. de noxal. action.* *MARCELLVS* tamen excipit testamentariam filii tutelam, ob quam pater tantum de peculio, & de in rem verso, non in *solidum*

k) FAB. QVINCTILIANVS Inst. Orat. Lib. VII. c. 4. p. 633.
Fasc. XI.

lidum conueniatur, quamuis ipse illam agnouerit, & quamuis illo *sciente* & *consentiente* tutelam suscepit filius. *L. 21. D. de adm. & per. tut. & cur.* Dices, cur tam varie in caussa manifesta? Videtur MARCELLVM mouisse, quod tutor, *testamento* datus, plane non *satisdet*, sed fides eius simpliciter approbata sit a testatore, etiamsi nemo *periculum* tutelae suscepit. *pr. I. de satisdat. tut. vel cur.* Igitur cum in hac specie *fideiussor*es nulli exigantur, durum censuit MARCELLVS, patrem, qui *sciuit*, non desiderari *satisfactionem*, ex sola *agnitione* & *consensu* quasi *fideiussorem* obligari. Neque potuit consensus patris pro *fideiussione* accipi in illa specie, in qua praetor non postulat *satisfactionem*, cum nemo, conatu superuacuo, se periculo oblaturus esse, censeatur.

In tutelis igitur, excepta testamentaria tutela, patris est *periculum*, si filius a praetore tutor est creatus, & pater *agnouit* tutelam, filio delatam. VLPIANVS notat, patrem agnouisse tutelam, siue *gesserit*, siue filio *gerenti* *consenserit*, siue omnino *attigerit* tutelam, aut si *professus sit*, *periculum* tutelae ad se pertinere. *L. 7. D. de tut.* Idem alio loco, consensisse, inquit, pater decurionatui filii videtur, si praesens, nominationi filii, non *contradixit*. *L. 2. pr. D. ad municip.*

Habes igitur patrem, qui solis duntaxat *factis* & *tacito consensu*, *periculum* tutelae, in *solidum* suscipit sine *fideiussione*, & tamen obligatur, quasi *fideiussor*, ad praestandum *periculum* & omnem euentum susceptae a filio tutelae. Neque sine ratione hoc constitutum est, vt pater, qui *agnouerit* tutelam filii, ex illa non modo de peculio, & de in rem verso, sed in *solidum* conueniri possit. Enim vero de *peculio*, & de *in rem verso*, pater *sine agnitione* tenetur ex filii tutela. Igitur *agnitio* debet operari aliquid ultra ius commune, cum in his negotiis, quicquid praeter *naturalia* illorum attributa accedit, non pro superuacuo habeatur, sed ex speciali caussa, certo consilio adiectum esse iudicetur. *L. 109. pr. D. de legat. 1.* ¹⁾ Quis vero esset fructus *agnitionis* & *consensus specialis*, si pater etiam post *agnitionem*, de peculio tantum, & de in rem verso, non in *solidum*, pupillo teneretur, cum etiam sine *agnitione* de peculio, & de in rem verso conueniri possit.

Ex *tacita* igitur *agnitione* tutelae, quae filio a praetore delata est, pater in *solidum* tenetur, multo magis igitur tenebitur, si verbis expressis interuenit pro filio, aut si *iussu* aut *mandato* patris, filius tutor est creatus, aut si pater *intercessit*, cum alius filium suspectum facere cogitaret. Tunc enim

¹⁾ CARPZ. P. 2. Const. 37. def. 7. n. 4. vid. Gerard Noodt in Comment. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 7. p. 579.

enim *quasi periculum* tutelae omnino suscepisse iudicatur. Ita MARCELLVS & DIOCLETIANVS rem expediuerunt. L. 21. in fin. D. de adm. & per. tut. L. 8. C. quod cum eo, qui in alien. potest.

Vides, patrem, si attigerit tutelam, hoc est, si aliquid ipse gesserit, vel prohibuerit, ne filius suspectus ab alio postularetur, perinde teneri, ac si pro filio intercessisset. Sed quid dicemus, si pater *monuit* filium tantum, ut diligenter tutelam administret. Tractauit eam speciem VLPIANVS L. 7. in fin. D. de tut. & respondit, patrem, si filium tutorem duntaxat *monuit*, nondum videri tutelam attigisse.

Videlicet qui *monuit* filium, ut diligenter in munere publico verferetur, potius *communi* parentum officio defunctus esse, quam extra ordinem & praeter necessitatem, etiam ultra vires peculii, se obligare voluisse iudicatur. *Admonitio* enim magis ex amore filii profecta est, & inter *amicos* & *familiares* locum habet. MARCVS TVLLIVS ^{m)} & LVCIVS ANNAEVS ⁿ⁾ SENECA etiam *amicos admonendos* esse censuerunt, quam *admonitionem familiarem* ^{o)} appellamus. Immo vero si MARCVM TVLLIVM audimus, *admonitio* est *lenior* quaedam *obiurgatio* ^{p)}, quae *auctoritatem* desiderat, & maxime convenit officio parentis. Callistratus etiam fustium admonitionem habet & flagellorum castigationem, qua, ut servi, ita *liberi* homines ^{q)} ad frugem adducantur. L. 7. D. de poenis. Hae igitur causae permouerunt VLPIANVM, ut crederet, patrem, qui *admonuit* filium de tutela diligentius gerenda, non hoc consilio admonuisse, quo se ipsum pater *periculo* tutelae, *quasi fideiussor*, obligaret, sed ut patris officium impleret. L. 7. in fin. D. de tutelis. In ambiguis enim rebus, illa interpretatio praefertur, per quam liberamur potius periculo, quam adstringitur obligatio, cum quilibet periculum fugere credatur. Certe facilius est, consilium dare & admonere, quam *periculum sumere*, quod supra ex Tacito observauimus ^{r)}.

§. VII.

Non alienum ab hoc loco fuerit, si a *patre* ad *vitricum* diuertamur. *Vitricus* su-
Imperator enim GORDIANVS commemorat *vitricum*, qui *paterno affectu* *stinet pericu-*
non solum educavit, sed etiam aluit *priuignas*, ideoque repetere non po-
luit, quod erogauerat in alimenta. L. 15. C. de negot. gest. ^{s)} Placuit, *si mater se*
etiam *ad fines* interdum cogendos esse, ut pupillum educent, si Praetori illud *non liberauit*
ex re, ex tempore & conditione personarum, vel aliis de causis consultum *onere tute-*
O 2 vide-
lae ante ma-
trimonium.

^{m)} CICERO de amicis. c. 24.

ⁿ⁾ SENECA de Beneficiis Lib. XXVII. c. 23.

^{o)} CICERO de Orat. c. 70.

^{p)} CICERO de Orat. c. 83.

^{q)} CATVL-

LVS Carm. XXV. in fin.

^{r)} TACITVS Hist. Lib. III. c. 69.

^{s)} vid.

CARPZ. P. 2. Const. 10. def. 25. 26. 27.

videatur. *L. 1. D. ubi pupillus educari debet.* DIOCLETIANVS obser-
navit, priuignos interdum propter affectionem a *vitricis* ¹⁾ etiam *heredes*
scribi, ut inter liberos succedant. *L. 3. C. de contr. iud. tutel.* Immo vero
nonnunquam *adoptantur* priuigni a *vitricis*, quod ANTONINVS apud
PAPINIANVM vitricis permisit, ut diligentius educent priuignos. *L. 32.*
§. 1. D. de adopt. Interdum etiam *tutela* priuignorum ad *vitricum*
pertinet, & ab ipso retinetur, quamvis nupserit matri pupillorum. *L. 3. C.*
de contr. iud. tut. L. 32. D. de adopt. L. 2. C. de interdict. matrim.

Tam bene interdum priuigni de vitrico sperare possunt. Sed VLPIA-
NVS admonuit, *vitricum* tamen cogi non posse, ut onera *munerum ciui-*
lium inuitus suscipiat pro priuigno. *L. 3. §. 7. D. de muner. & honor.*
Contra vero *periculum tutelae* spectat ad *vitricum*, si ducat matrem, quae,
cum liberorum suorum tutelam suscepisset, rationes nondum reddidit, nec
tutores novos petiit a magistratu, priusquam nuberet alteri marito. THEO-
DOSIVS & VALENTINIANVS enim *bona vitrici*, qui matrem tutricem
matrimonio sibi iunxerit, priuignis perinde *iure hypothecae* obligata esse cen-
suerunt, ac si tutelam illorum ipse *vitricus* gessisset. *L. 6. C. in quibus cau-*
sis pign ^{u)} Videntur enim matris tutricis fortunae cum bonis vitrici post
secundas nuptias ita commisceri, ut, quicquid mater debet liberis pupillis,
ad *vitricum* peruenisse atque in rem eius versum esse iudicetur. Praeterea
odio matris ^{x)} hoc introductum est, quoniam illa olim non sine *periurii*
macula secundas nuptias contrahere potuit post susceptam liberorum tute-
lam. *dict. L. 6. C. in quibus causis pign.* Imperatores enim *L. 2. pr. C.*
quando mulier tut. officio fungi possit, constituerunt, matrem, quae tute-
lam liberorum suscipiat, *sacramento* obstringendam esse, ne transeat ad se-
cundas nuptias, neue suis liberis vitricum inducat. Qua re effectum est,
ut quia *peierauerat* mater, hereditate liberorum quasi indigna penitus ex-
cluderetur. *Nou. 22. c. 40.* Quamvis vero postea sacramentum, propter cre-
bra periuria, remiserit IUSTINIANVS, *promissione* tamen matres obligari
voluit, qua SCto VELLEIANO & secundis nuptiis renuntiarent. *Nou. 94.*
c. 2. Igitur mater fidem profecto fallit, quae nubit vitrico, priusquam
prioris matrimonii liberis tutores aut curatores perierit, aut, rationibus
redditis, se liberauerit onere tutelae. Haec *perfidia* suspicionem parit, ne
cum nouo marito consentiat in perniciem liberorum, quos in matrimonio
priori procreauit. Itaque ut *fraudi* occurratur, ipsum etiam *vitricum* pla-
cuit pupillis obstrictum esse, ut his ex bonis vitrici satis fiat, si mater libe-
ris obligata sit ex tutela post prioris mariti obitum administrata. Intelligis
igi-

¹⁾ vid. IAC. CUIAC. Oper. Tom. III. c. 18. p. 249.

Iur. Lib. I. Tit. 4. §. 3. p. 165.

^{u)} DE BERGER Dec.

^{x)} CIC. pro A. Cluent. c. 188.

igitur etiam vitricum in hac specie priuignis perinde teneri sine fideiussione, ac si tutelam illorum ipse vitricus gessisset.

§. VIII.

Venio ad illos, qui *diligentiam* debent in *observandis & regendis* tutoribus & factis alienis. Hi enim, si quid *neglexerint*, *eventu & periculo* tutelae obligantur. Opportune *VLPIANVS* monet, *honorarios* tutores nimium sibi blandiri, si credant, se omnino non teneri. Dati enim sunt, quasi *observatores* tutoris & *custodes*, ideoque *imputatur* eis, cur, si tutorem male in tutela versari viderint, eum suspectum non fecerint, neque eum depulerint de munere tutelae. Assidue enim rationes a tutore exigere, & solcite curare debuissent, ne male tutelam administraret. *L. 3. §. 2. D. de adm. & per. tut.* Imperator *ALEXANDER* hoc etiam ad tutores *notitiae* causa datos porrexit, ut, si deseruerint officium suum, *periculo* tutelae obligentur. *L. 1. C. de per. tut. & cur.* Hi igitur, si quaedam *dissimulauerint*, quae tutoribus fuissent indicanda, vel fraudem admiserint, vel compendium ex re pupilli quaesuerint, vel tutores male administrantes non suspectos fecerint, pupillo tenebuntur. *dict. L. 1. C. de peric. tut. & cur.* Generaliter tutores placuit onerari *periculo* collegae, si hic desiit soluendo esse, si cessauerint eum suspectum postulare & diligenter observare, ne pupilli fortunae detrimento quodam consumantur. *L. 12. D. rem pup. salu. fore L. 1. §. 11. 12. D. de tut. & rat. distrah. L. 14. D. de adm. & per. tutor.*

Ad contutores magistratus & correps spectat nonnumquam periculum obligationis alienae sine fideiussione.

Immo vero ad singulos tutores *periculum nominum* pertinet, si non diligenter exegerint, quae pupillo debebantur. *L. 18. C. de per. tut. & cur.* Neque *heredibus tutorum* parcitur, qui pupillo obligantur, si tutor defunctus vel iniuste cessauerit in suscipiendo munere tutelae, vel si dolo & lata culpa aliquid perdiderit, aut si quid peruenerit ad heredes mortui tutoris. *L. 4. D. de magistr. conuen. L. 1. 2. 3. & 4. C. de hered. tut.* Sola enim levis culpa remittitur, quia durum est, rationes diligentius ordinatas ab *heredibus* poscere, qui arcana defuncti consilia, rationibus ab ipso nondum redditus, ignorant y).

Non multo secius de *magistratibus & nominatoribus* iudicabimus. *VLPIANVS* enim ait, si Ordo *periculum* suscepit, omnes teneri, qui praesentes fuerint; parui enim referre, nominauerint an fideiusserint & in se *periculum* receperint. Si igitur vel non dederint tutores, vel non idoneos dederint, pupillo laeso tenebuntur. *L. 1. pr. & §. 6. D. de magistr. conueniend.* Vnam speciem excipimus, quae supra a nobis indicata est, si nihil imputari possit magistratibus, sed tutores idoneos dederint, qui post susceptam

pram demum tutelam subito lapsi sint facultatibus, ut pupillus in periculum incurrat. Horum enim casum & fortunam providere nequiverunt magistratus. *L. 1. §. 11. D. de magist. conu.* Idem etiam in aliis muneribus publicis receptum, ut creatori *casus fortuitos*, qui postea superueniunt, vix impu-temus. *L. 2. §. 7. D. de adm. rer. ad civ. pert.* Ceterum Imperator *nomi-natores & creatores* non obscure ipsis fideiussoribus comparat. *L. 28. D. de tut. & cur. dat.*

Non possum discedere ab hoc loco, priusquam admonuero, omnes *correos* periculum obligationis inuicem suscipere, ut teneantur in solidum, si alter vel reliqui non sint soluendo. Tunc enim beneficio *diuidendae acti-onis* non utuntur. *L. 10. C. de fideiuss. & mandat. Nou. 99. c. 1. & Auth. hoc ita C. de duobus reis constit.*

Debeo etiam *socios* vniuersorum bonorum attingere, inter quos con-uenit, ut omnia lucra & omnia *impendia* communicentur. Ad socium enim in hac specie *periculum* obligationis a socio contractae *sine fideiussione* perti-nebit. *L. 73. D. pro socio.* ATILICINVS CUM SABINO & CASSIO sola *maleficia* exceperunt, ne focii ex delictis damna communia haberent. *L. 52. §. 18. D. pro socio.*

§. IX.

*Commenda-
rio specialis
& dolosa
cum periculo
coniuncta est
sine fideiussi-
one. Qui no-
men cedit al-
teri, non ha-
bet pericu-
lum, sed qui
assignat de-
bitorem, sus-
cipit peri-
culum.*

Satis diu te tenui, sed nondum dimittere te possum, cum res postulet, ut de *commendatione speciali* moneamus. VLP IANVS quidem, Mandati eum non teneri, adeoque *periculum* non sentire, ait, qui *generaliter* ro-gauerit aliquem in epistola, ut sibi *commendatum haberet* amicum suum. *L. 12. D. mandat.* Negligendas enim *familiares* istas epistolas, quibus ho-mines *commendamus*, HONORIUS & THEODOSIUS praeceperunt. *L. 12. C. quod cum eo.* Forte hoc MARCO TVLLIO in mentem venit, qui, minimo *periculo* consilium dari, & consulentibus responderi posse, ait ²⁾, cum quilibet debeat explorare, an sibi expediat consilium. POMPONIVS narrat, Caecidianum Praetorem propter *consilium*, quod non bene cesserit, non dedisse de dolo actionem, nisi magna & evidenti *calliditate* quis de-ceptus sit. *L. 7. §. ult. D. de dolo malo L. 10. §. 7. D. Mandati.* Idem de *proxenetis* est iudicium, qui, quamvis *laudent* nomen, tamen *periculo nominis* non obligantur. Magis enim monstrare nomen quam mandare & intercedere videntur, ideoque actione pulsari nequeunt, nisi *dolo & callidi-tate* circumuenerint deceptum creditorem. *L. 2. D. de proxeneticis.*

Qui *specialiter* commendat mercatori amicum suum, ut huic pecunia credatur, GORDIANVS ait, eum mandati actione de *periculo* conveniri posse.

²⁾ CICERO pro L. Murena c. 28.

posse. *L. 7. C. Mandati. L. 13. C. quod cum eo, qui in alien. potest.* Certe si quis, rogatus, ut excuteret vires debitoris, renunciauit, eum idoneum videri, *VLPIANVS* credidit, renunciantem de periculo teneri. *L. 42. D. Mandati.* Ne quis tamen ambigua formula decipiatur, verba praeiuit *Serenissimus Legislator Saxo in Dec. Elect. 42. cuius verba audiamus*: Wenn einer vorsätzlich, oder wissentlich eine solche Person, so keine Mittel zu bezahlen hat, rühmet, und andere Leute, ihm als einem guten Mann zu trauen, und bey dem keine Gefahr sey, durch solch Vorgeben, zu einem Anlehen oder sonsten Credit zu geben bewaget, oder verspricht, er wolle verschaffen, daß der Creditor bezahlt werde, oder doch ohne Gefahr seyn solle, so ordnen und setzen wir, daß eine solche Person um dieser Rede willen, woferne der Schuldner die Zahlung nicht leisten kann, vor die erborgte Summa oder getraute Waaren haften und gelten solle.

Ab illo, qui laudat & commendat nomen, non multum recedit is, qui *nomen vendidit*, & alteri *actionem cessit*, aduersus debitorem suum. Venditor enim actionis & nominis, *fortunam & euentum* non praestabit. Ita *Celsus* rem interpretatur apud *VLPIANVM. L. 4. D. de hered. vel action. vendit.* Generaliter venditor rem praestare debet, quam vendidit, sed an bona sit & utilis, ad iudicium emtoris pertinet, qui inspicere & explorare debet rem venalem, priusquam contrahit cum venditore. Ne vini quidem venditor, si vinum post degustationem acuerit, *periculum praestabit*, nisi se ad tempus aliquod *periculo* subiecerit, libera conuentione. *L. 1. pr. D. de peric. & com. rei vend.*

Quae cum ita sint, venditor nominis, emtori, conditionem debitoris non ignoranti, periculum non praestabit, modo nihil fraudulenter actum sit, & debitor, cuius nomen venditum est, vere aliquid *debeat*, quod ad emtorem possit peruenire. Hoc est, quod veteres dixerunt, debitorem verum non locupletem a venditore praestandum esse. *CELSVS* tamen permittit venditori, ut *periculo* nominis se possit subicere, voluntaria & libera conuentione, *dict. L. 4. de hered. & act. vend.* Luculenter *HERMOGENIANVS*, qui actionem, inquit, vendidit, *dolum* praestare cogitur, & ut sit aliquod nomen, non vero, ut illud exigi a debitore possit. *L. 23. D. de hered. & act. vend. L. 74. ff. 3. D. de euct.* Immo vero si debitor *sub conditione* debet, quamuis nondum *extiterit conditio*, vendi nomen posse, *VLPIANVS* arbitratur. Licet enim postea *conditio deficiat*, venditor tamen, quia *spes* vendita est, euentum & fortunam praestare non tenetur. *L. 17. D. de hered. vel act. vendit. L. 8. ff. 1. D. de contr. emt.*

Venditori actionis proximus est, qui alii mandat actionem, sed ut procurator exigat nomen a mandantis debitore, suo periculo mandasse iudica-

dicatur, nisi *delegatio* interuenerit, cuius virtute periculum transit ad eum, qui passus est sibi alium debitorem delegari. *Inuito* enim creditori ius suum auferri, & alius debitor ob rudi non potest. *L. 25. C. de pactis a)*. Debitor igitur, qui *mandauit* actionem creditori suo, non liberatur *periculo*, nisi *apocha* accepta, aut animo *nouandi*, expressis verbis, declarato. *Dec. Elect. Sax. 66.*

Quo iure *mercatores in assignationibus* uti debeant, abscisse definitum in *Mandato Reg. Pol. & Elect. Sax. d. 23. Dec. an. 1699. b)* Debitor nimirum assignans non liberatur, nisi scriptura interueniente, *apocha* accepta, & si creditor expressis verbis dimiserit debitorem delegantem. Audiamus legem sapientissimam: daß solches in *Schriften* zu verfassen, auch der Assignant von demjenigen, an welchen die Assignation geschieht, eine Quittung zu nehmen schuldig seyn, oder da solches nicht geschieht, daß die Assignatio bloß per modum mandati ergangen, davor gehalten werden solle, also und dergestalt, daß, wenn die assignirte und überwiesene Post nicht bezahlet wird, der assignirende Theil solche wieder zurück zu nehmen, oder wenn sie böse wird, den Verlust über sich gehen zu lassen gehalten, ihm auch, daß es mit der Assignation eine andere Meinung gehabt, weder durch Zeugen auszuführen, noch den End hierüber zu deferiren zu verstaten.

§. X.

Qui commo-
da ex re per-
cipit plerum-
que pericu-
lum tacite
suscipit. Pa-
ter nonnun-
quam tacite
consentit, ut
suo periculo
filio pecunia
credatur.

Proxime absumus a portu, ad quem contendimus, itaque pauca adhuc quasi in transcurfu obseruabimus. Videlicet ex his, quae adhuc tractauimus, intelligetur, non raro *periculum* nostri negotii ad alios referri. Huius rei cum plurimae sint causae, quas diligenter adduximus, haec certe iustissima est, quam *PAVLLVS* tradit. *L. 10. D. de reg. Iur.* Ait enim, secundum naturam esse, *incommoda* cuiusque rei eum sequi, quem *commoda* sequuntur. Haec enim est certissima vox naturae, quod ille *periculum* sentiat, qui damna etiam fortuita iucunditate *commodorum & fructuum* consolari potest. Hoc praeceptum Iuris ciuilibus interpretes diligentissime secuti sunt, hinc ortae *noxales* actiones & de *pauperie*. Damnum enim a seruo aut quadrupede contra naturam datum, ab illo facilius perferri potest, qui *fructus* ex seruo & quadrupede percipit, quam ab extraneo, qui iniuriam passus est duntaxat. Hac de causa receptum est, *noxam* caput sequi, hoc est, noxalem actionem aduersus dominum institui, non qui fuit, cum animal noceret, sed qui nunc est: quia *ad praesentem* dominum *fructus* ex quadrupede pertinent, ex quibus fructibus damnum a quadrupede contra naturam datum, sarcindum est actori. *L. 1. §. 12. si quadrup. paup. fec. dicat.*

PAVL-

a) CARPZ. P. 2. Const. 29. d. 23. n. 9.
p. 200.

b) Beilagen der Erl. Proc. Ordnung

PAVLLVS etiam illum, qui animal dolo desit possidere, de damno teneri, ait, si per alienationem possessionis, actio noxalis & de pauperie interuertatur. *L. 24. D. de noxal. action.* Iustissime igitur constitutum, ut, si quis *carere* velit seruo, aut quadrupede, a quibus alter damnum passus est, *noxae deditione* defungatur. GAIVS enim docet, hanc esse vim ac potestatem noxalium actionum, ut liceat nobis *deditione ipsius corporis*, quod deliquerit, litis euitare aestimationem. *L. 1. D. de noxal. action.* Hoc summam rationem habet, cum, si dominus *commoda & fructus* per noxae deditionem deserat, cesset illa causa, propter quam dominum diximus de damno sarciendo conueniri. Saxones naturae simplicitatem secuti, nequidem noxae deditionem desiderant, sed sufficere iudicant, si extemplo animal, quod nocuit, abigat dominus & auerfetur. Ita enim cum *fructu* careat pristinus possessor, post animal abactum *damna* sarcire non cogetur. Der Herr des Thieres soll den Schaden nach seinem rechten Wehrgelt oder nach seinem Werth bessern, woferne er dasselbe Vieh nach der Zeit, da er die That erfahren, wieder in sein Gewehr nimmt. Schläget er es aber naus und hauset und hofet, füttert und tränket es nicht, so ist er an dem Schaden unschuldig, und so kann sich jener dessen vor seinen Schaden anmassen, wenn er will. 2. ldr. *Art. 40.* Neque enim dici potest, quod dominus, qui animal abigit, *dolo* possidere desierit, cum dominus possit rem suam derelinquere, & damnum passo ad *custodiam* non sit obstrictus. *L. 33. D. de noxal. action.* Tutissimum igitur sequitur ille consilium, qui damnum ab animali passus est, si capiat animal, quod ipsi nocuit, & relinquat domino electionem, recipere animal, & sarcire damna, an repudiare animal velit & laeso illud relinquere in damni compensationem.

Huic speciei proxima est illa, quod secundum Saxonum praecepta *periculum* animalis, quod *pignori* datum, quodammodo ad creditorem pertineat, qui, si animal moriatur, ius crediti amittit: Stirbt aber ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung ohne dessen Verschulden, der es bey sich hat, so ersetzt er es nicht, sein Geld aber, dafür es versetzt stund, hat er verlohren. 3. ldr. *Art. 5.* Quae Saxonum consuetudo, quamuis iustissime abrogata sit *Const. 26. p. 11.* tamen prorsus iniusta & improba, iudicari non potest. PIGNVS, si naturalem rationem audias, magis in *utilitatem creditoris* contrahitur, ideoque ^{c)} non prorsus iniquum est, *periculum crediti*, amisso *pignore*, ad creditorem pertinere. Non enim debitori suo creditor, sed pignori fidem habuit, quia sine pignore noluit credere. Praeterea probabilis est suspicio, quod animal culpa creditoris perierit, quamuis debitor culpam illam non sine difficultate maxima probare possit. Propter hanc ve-

ro

c) vid. Praef. libell. de custodia pignoris.

ro difficultatem probationis merito ius civile sequimur, vt res pignori data domino seu debitori periisse censeatur.

Ex eodem fonte deriuatur, quod exercitor & mercator, qui magistrum atque institorem naui & tabernae praeposuerunt, cum *lucra* ex illa negotiatione percipiant, periculum sentiant ex facto institoris & magistri, qui secundum legem praepositionis obligationem contraxerunt. *L. 1. §. 7. D. de exercit. act. L. 7. §. 2. eod. L. 5. §. 11. & L. 19. §. 3. de instit. act.*

Cum bonis omnibus redeo *ad patrem*, ad quem supra diximus *periculum* nonnunquam ex negotiis filii spectare. Huic enim pariter periculum imminet, quia illud *fructibus* peculii compensatur. Sed patri SCto Macedon. prospectum est, ne teneatur de *mutuo pecuniario*, quod filius contraxit. Solent autem patres interdum filiis, maxime institoribus suis, *permittere*, vt pecuniam mutuam accipiant. Tunc vero nemo dubitat, quin institoria actione parentes teneantur. *L. 1. §. 5. & 6. C. de instit. & exercit. act.*

Mutuum igitur, a filio contractum, pater soluere cogetur, si mutuam pecuniam accipiat filius ad *necessitates*, quae patris oneribus incumbunt. Ita SEVERVS & ANTONINVS decreuerunt. *L. 2. C. ad SCt. Macedon.* Haec est illa *summa probabilis* VLPiani, quam pater solet filio subministrare, & quam patris pietas non recusatura esse indicatur. *L. 7. §. 11. & 12. D. ad SCt. Maced.* Quid quod pater, qui sciuit, patris nomine filium pecuniam mutuam accepisse, & non continuo contradixit, consensisse videatur. *L. 16. D. ad SCt. Maced.* Habent enim patres nonnunquam, vt PLAVTVS ait *d)*, hunc honorem filiorum ingeniis, vt nolint ipsos egere, sed mutuam malint pecuniam eos sumere, quamuis ipsi non habeant, quod filiis petentibus subministrent.

*Quum me adiit, vt prudentem gnatum aequum est, patrem,
Cupio ipsi esse argentum;
Viginti iam usu est, filio argenti minis
Fac id vt paratum sit.*

Serenissimus Legislato Saxo sapientissime permisit filiis, qui studiorum causa absunt a laribus parentum, aut peregrinantur propter necessitates suas, mutuam pecuniam sumere, quam patris pietas creditoribus restituere non detrectatura videatur. Es bleibt denen Studiosis von fremden und auswärtigen Orten bey Ausbleibung ihrer Gelder und Wechsel unbenommen, zu ihrem unentbehrlichen Bedürfnisse das benöthigte an Gelde oder Waaren aufzunehmen. Mand. de dato Dresden am 29. Dec. 1718. wegen derer Studiosorum Wechselbriefe *e)*. Sed haec, sufficiat, extremis digitis duntaxat tetigisse.

CI.

d) PLAVT. in *Asinaria* Act. 1. Sc. 1. v. 66. seq.
Proceßordnung, p. 185.

e) In Beylagen der erl.

CI.
PROGRAMMA
DE
CONFESSIO NE DEBITI
IN OFFICIOSA.

Euryalus ille apud VIRGILIUM MARONEM ^{a)}, splendido mendacio ^{b)}, se ipsum pro amico reum fecit & periculo obiecit. Maluit enim morti se offerre, quam amicum deserere, quem sponderat, se patri eius redditurum esse.

Me, me, adsum, qui feci, in me conuertite ferrum.

Hunc quidem pauci imitantur, neque habent omnino, cur sectentur tristissimum, & quod euentu caruit, exemplum. IULIANVS tamen apud VIPIANVM *confessoriam* actionem commemorat, aduersus illos introductam, qui *confessi sint*, se delicto aliquo contaminatos esse, quamuis, praeter confessionem, nulla alia causa condemnationis doceatur. L. 23. §. fin. & L. 25. ad Leg. Aquil. Quare apparet, non raro, quosdam per mendacium, sua se *confessione*, & sua quasi sententia damnassee.

Contra vero plurimi, etiam in *ciuili iudicio*, cautius se mercari arbitrantur, si *fugiant* sententiam iudicis & *dissimulent* debitum, quo alteri obstricti sunt, ne suo ipsi iudicio prodantur. Quapropter plerique debitores, non secus ac mulieres illae apud PLAUTVM ^{c)},

*si bene quid aut fideliter faciundum est, eo deueniunt,
exemplo obliuiosi ut sunt, meminisse nequeant.*

Hoc consilio deludunt verecundos creditores, qui lites & perplexae probationis difficultatem auersantur. Quod cum intelligerent veteres, *inficiationis* poenam constituendam esse iudicarunt, ut illos coercerent, qui fraudulenta tergiuersatione, negatis omnibus, quae manifesta essent, in iudicio actorem frustrarentur. L. 24. D. ex quibus caus. maior. L. 80. D. de rei vindicat. L. 2. §. 1. D. ad L. Aquil.

P 2

Alii

^{a)} VIRG. Aeneid. Lib. IX. v. 432.

^{b)} HORAT. Carm. Lib. III. Od. 11. v. 35.

*Splendide mendax, & in omne virgo
nobilis aeuum.*

^{c)} PLAUTVS in Milite glorios. Act. 3. Sc. 3. v. 16. 17.

Alii quidem sponte, sed cum suorum damno & iniuria, falso profitentur, *se aliis debere*, quibus nullo vinculo tenentur. Ita imminuunt patrimonium suum, & spem illorum, cum quibus vere negotia contraxerunt, decipiunt colore aeris alieni. Inprimis testatores hoc commento usos esse nouimus, ut, quibus beneficium liberaliter in testamento tribuerent, illis *se aliquid debere*, mentirentur. Nolebant enim, heredes, quos instituerant, irasci Manibus suis & indignari, si hereditatem legatis & fideicommissis exhaustam atque inane heredum nomen sibi relictum esse cernerent. Igitur placare heredes suos cogitabant figmento debiti adiecto, si in testamento, *se legatariis* aere alieno obstrictos esse, comminiscerentur.

IULIANVS apud VLPIANVM notat testatorem, qui TITIO decem legauerat, hoc fucō vsus, *quasi decem TITIO deberet*. L. 75. §. 1. de Legat. 1.

Non miror, hoc saepissime factum esse a *maritis*, qui, blanditis seducti, ut de liberorum hereditate aliquid detraherent, *uxoribus* quantitatem pecuniae legabant, quasi *dotis nomine* ad se allatam, etiamsi constaret, illas nihil dotis habuisse. LABEO, & SERVII Auditores retulerunt, admissum esse legatum, cum vir uxori, quae nullam dotem habuerat, centum reliquisset, quasi haec quantitas esset proprium vxoris patrimonium, ad sustinenda connubii onera destinatum. L. 6. D. de dot. praeleg. Notae sunt querelae creditorum contra viduarum calliditatem, quae *falso*, mariti chirographo, aut apocha accepta, probare volunt, se certam quantitatem, *dotis causa*, marito obtulisse, ut creditoribus aliis, *privilegio dotis*, in concursu praeferantur ^{d)}.

Non raro etiam ex feudo *dotalitium* petunt viduae & *illationem dotis* se probaturas credunt, exhibito libello mariti, quo dolose professus est, se dotem ab vxore accepisse ^{e)}. Hoc artificio *liberos* quidem, mariti mortui *heredes*, deludi posse arbitrantur, cum hi certe defuncti facta & confessionem agnoscere cogantur; Creditores vero & successores, qui titulo singulari ad feudum peruenerunt, recte desiderant, ut dotis illatio ab vxoribus viduis, non tantum suspecto mariti testimonio, & imaginaria confessione, sed aliis potius argumentis idoneis, probetur.

Immo vero ne liberis quidem semper illa necessitas imponitur, ut parentis tabulas agnoscant, si appareat, patrem contra *officium pietatis*, *illationem dotis* aut alia debita confessum esse, *in fraudem portionis legitimae*, quam nullis commentis & consiliis interuerti aut diminui posse veteres constitu-

^{d)} DE BERGER Oec. Iur. Lib. I. Tit. 3. §. 7. p. 123.
feudal. c. 21. §. 7. p. 418.

^{e)} BORNII Iurisprud.

stituerunt. Liberti certe portionem bonorum, quae patronis relinquenda erat, non poterant *falsa confessione* debiti imminuere, neque eam ad alios transferre. *VLPIANVS* docet, *fauiana* actione, hanc fraudem libertorum coerceri, si, ut minus ex patrimonio suo ad patronum perueniret, in lite vinci a falsis creditoribus, & data opera se condemnari voluerunt, aut in iure *confessi sunt* debitum, quod nunquam contraxerunt. *L. 1. §. 7. D. si quid in fraudem patron.* Placuit enim, si quid *dolo malo* liberti alienatum esset, ut portioni legitimae patroni aliquid detraheretur, hoc actione *Fauiana* reuocari. *L. 4. D. si quid in fraud. patron.* Si *IULIANO* fides est, tunc etiam *fraudem creditoribus* fieri Praetor iudicauit, si, per *repraesentationem* temporis, debitor quibusdam confestim soluerit, quod in diem & post aliquod demum tempus debebat. *L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. & L. 10. §. 12. eod.*

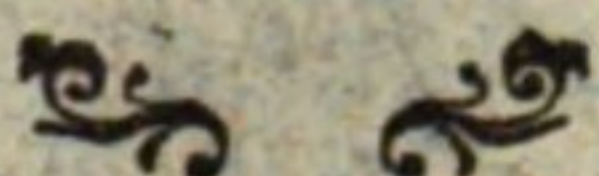
Multo magis igitur *liberi* habebunt, de quo conquerantur, si parentes *falso confessi* sint, se alii debere, quamuis nunquam contraxerint obligationem. Quis enim ferret illam parentum inuidiam, qua liberos decipiunt, cum etiam *creditores extranei* hoc non ferant, si, moto concursu, debitor communis in fraudem reliquorum *falso fateatur*, se quibusdam aliquid debere, quibus nullo vinculo teneretur. Huic fraudi occurrendum credidit Potentissimus Saxonum Legislator, qui praecepit, debitorem communem aut curatorem litis, iureiurando obstringendos esse, ne *per gratiam fateantur*, quibusdam creditoribus aliquid deberi, qui per exceptionem repellere potuissent: Sie sollen endlich angeloben, daß sie keinem vor dem andern per gratificationem etwas einräumen wollen. *Erl. Proc. Ordn. Tit. 41. §. 4.*

Nimirum ut ad liberos reuertar, etiam *donationes inofficiosae*, quibus patrimonium *in fraudem* liberorum dissipatur, non secus ac testamentum inofficiosum, iusta querela infirmari possunt. *L. 1. 2. C. de inoffic. donat.* Sed nemo dubitat, hanc esse speciem *donationis*, si quis, *colore debiti* contracti usus, aliquid in alterum liberaliter conferat, ut portio legitima liberorum consumatur.

Apparet vero, liberis non tunc tantum *fraudem fieri*, si quasi debitum *falsa confessione extraneo* relinquitur, sed etiam, si inter liberos alter alteri a parentibus ita praefertur, ut, beneficiis in vnum liberorum collatis, alteri ne quidem portio legitima supersit. Iam olim *IUSTINIANVS* luctuosum filiis esse censuit, si, quod ad vnum illorum pertineret, illud reliquis amore & *gratia inaequali* parentum, concedatur. *§. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir.*

Hae nos causae permouerunt, vt Mense Februario an. 1754. admitteremus querelam filii, qui matris liberalitatem inofficiosam accusabat. Proponebatur: matrem, non solum dato chirographo, sed etiam in Iudicio, cum Curatore, professam esse, quod alteri filiorum trecentos solidos deberet, quos ab ipso mutuos accepisset. Audiebantur testes, qui affirmabant, filium illum pauperem fuisse, matrem opulentiozem, ideoque vix credi posse, matrem a filio pecuniam mutuam sumsisse. Conquerebatur igitur alter filius, & negabat, matrem fratri suo aliquid omnino debuisse, hinc censebat, illud chirographum *donationem inofficiosam* continere. Apparebat, si alteri filio trecenti solidi praecipui darentur, totum matris patrimonium consumi. Igitur filium de inofficiosa matris confessione conquestum omnino quidem audiendum esse iudicauimus. Sed mouebat tamen, quod mater non solum in chirographo, sed etiam *in iudicio* professa erat, quod trecentos solidos alteri filio deberet. Praeterea *amor parentum naturalis*, quo liberos suos *aequaliter*, nullo insigni discrimine admissio, prosequi creduntur, efficiebat, vt matris confessionem non prorsus inutilem esse censeremus. Quare placuit chirographo matris, quod in iudicio agnouerat, tunc demum credendum esse, si filius, cui datum erat chirographum, iureiurando *suppletorio* confirmaret, se defunctae matri vere trecentos solidos dedisse. Neque enim *confessionem debiti* in iudicio a matre agnitam & repetitam prorsus negligere, neque propter paupertatem filii per testes comprobata chirographo matris plenam fidem adiungere potuimus. Erat quaedam fraudis suspicio, sed praesumptio amoris erga liberos aequalis nobis persuadebat, matris confessioni non omnem fidem denegandam esse. P. P. die XXX. August. Anno *CICIDCCLIV.*





CII.

O B S E R V A T I O N E S

D E

FILIO PATRIS AUT MATRIS CVRATORE.

 AD LEGEM I. §. I. D. DE CVRATOR. FVRIOS. ET ALIIS.

 VITEMBERGAE, DIE SEPTEMBRIS CIOIO CCLIV.

*Lex I. §. I. D. de curatoribus furioso & aliis extra
minores dandis.*

VLP IANVS Lib. I. ad Sabinum.

Curatio eius, cui bonis interdicitur, *filio* negabatur per-
mittenda. Sed exstat D. Pii rescriptum, *filio* potius *curatio-*
nem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.

§. I.

C E L S V S noster, *patrem a filio regi indecorum* esse iudicavit, ideo *Curatio ma-*
que noluit *filium patri curatorem dari* L. 12. §. 1. D. de tutor. & *curat.* *gis est mini-*
dat. Forte enim veteres philosophos audiuit, qui *contra naturam* esse cre- *sterium quam*
diderunt, sanguinis auctorem soboli obtemperare. F A B I A N V S certe apud *potestas.*
M. A N N A E V M S E N E C A M negavit, patrem a filio *dementiae* accusari *Non est con-*
posse, nisi appareret, patrem ex *morbo* furere, hoc est, ipsum in *furorem,* *tra naturam*
quasi in *morbum,* incidisse. Ideo enim latam esse legem, ait, ut pater *parentibus*
netur a filio, non, ut filii *imperio regatur* ^{a)}. Sed *convenientius naturae*
diuus P I V S, itemque *diui fratres,* I V S T I O C E L E R I ^{b)} rescripserunt, *filios curato-*
filium, si sobrie vivat, magis quam extraneum patri curatorem dari polle. *res dari.*
L. 12. §. 1. D. de tutor. & *curat. dat.*

Est enim prima & certissima vox naturae, quam omnes gentes reue-
rentur, hac nos lege natos esse, ut *parentibus & patriae* inseruiamus. L. 2.
D.

a) M. A N N A E V S S E N E C A Lib. II. Contr. XI. in dinis.
vid. Cuiacius Lib. X. obs. 37. oper. prior. Tom 3. p. 316.

b) De nomine Iustii

D de iust. & iur. Multum interest, *quomodo*, & *qua de causa*, quis ab alio *regatur*. Etiam *aurigae*, cum curru vehimur, & *lecticarii*, quorum manibus deferri solemus, nos *regunt*, & lubentes ipsis obsequimur, si nostro arbitrio & *iussu*, *nostraque voluntate* eo, quo *destinauimus*, nos deducunt. Quid de *medicis* dicemus, qui, ut vulnus coire possit, aut *caussa morbi* penitus remoueat, aegrotantibus, quid facere aut omittere debeant, *praecipiant*, suoque illis *regimine* & imperio necessitatem obsequii imponunt *c)*. Praeterea amicorum *consiliis* interdum veluti lino quodam *regimur d)*, ut ex sinuoso & inextricabili errore in rectam viam & apri-
cam lucem redeamus.

Igitur non semper nobis molestum est, ab aliis *regi*, si nostro *iussu*, aut cum spe magnae utilitatis, in magnis difficultatibus & perplexis anfractibus regamur. Eleganter D. PIVS apud VLPIANVM, quosdam *consilio regendos* esse, ait, non ut opprimantur, sed ut ipsis *laborantibus subueniatur*. L. 12. §. 2. *D. de tutor. & curat. dat.* Hoc est imperium illud a *natura constitutum*, ut *infirmiores*, ne in periculum incurrant, ab integris & potentioribus *regantur*. Apposite DIONYSIVS HALICARNASSEVS φύσεως, ait, νόμον εἶναι ἀπασι κοινόν, ὃν ὅδεῖς καταλύσει χρόνος, ἀρχεῖν τῶν ἡττόνων τῆς κρείττονος *e)*. Lex est naturae, inquit, omnibus communis, quam nullum tempus dissoluet, *integros & validiores infirmis imperare*. Itaque non *contra naturam*, sed suadente naturali ratione, receptum est, ut *parentes infirmi & debiles*, filiorum *curatione*, consiliis & ministerio *regantur*. Nimirum, qui in *tutela & curatione* sunt, non ideo tutoribus & curatoribus subiecti sunt, ut quasi in vinculis, cum iniuria & damno suo, habeantur, sed ut *infirmitas* eorum, providentia & *ministerio* tutorum & curatorum subleuetur. Opportune IULIANVS observavit, curationem esse speciem aliquam *defensionis*, cum, consilio & opera curatorum, non solum patrimonium, sed etiam corpus & salus miserabilium personarum *defendatur*, L. 7. pr. *D. de curat. furios.* sed nemini molestum erit in magnis calamitatibus aliorum cura & ministerio *defendi*. Igitur non potest esse obscurum, rectissime *filios* parentibus curatores dari, ut, si rebus suis superesse nequeant, istorum *cura* defendantur. Sed SERVIVS & VLPIANVS scrupulum iniiciunt, quem euellere debemus. Ait enim VLPIANVS, *furiosos f)* & infirmos in *potestate* curatorum esse, donec resipiscant. L. 1. pr. *circa fin. de curat. furios.* & SERVIVS ipsam tutelam appellat *vim ac po-*
te-

c) L. ANNAEVS SENECA Ep. 78. *d)* PROPERTIVS Lib. II. El. 14. v. 8.

Daedaleum lino cum duce rexit iter.

e) DIONYS. HALICARNASS. Lib. I. p. 5. edit. Francof.

f) vid. IAC.

LECTIVS ad Aemil. Macrum de Iudiciis in Thes. Otton. Tom. I. p. 93.

testatem, cui impuberes subiiciantur. *L. 1. pr. D. de tutelis.* *Natura* autem non videtur pati, ut filius patrem habeat in *potestate*, cuius ipse *potestate* continetur.

Sed, ne deterreamur duriori nomine *potestatis*, diligenter admonuit *SERVIVS*, illam non tutoribus datam esse ad consumendas fortunas pupillorum, sed ad tuendum eum, qui se ipsum propter aetatem suam *defendere* non possit. *dict. L. 1. D. de tutelis.* Est itaque in curatoribus *facultas* quaedam administrandi bona aliorum, quam *SERVIVS* & *VLPIANVS* *potestatem* appellarunt, sed quae nihil commune habet cum *potestate* illa, qua filius in familia subiicitur parenti.

Quae cum ita sint, pater nullam *indignitatem* patitur, neque *probrum* ipsi infertur, cum filius patri propter infirmitatem & iniuriam fortunae praeficitur *curator*, in cuius *tutela* & *praesidio* latere possit g). Audiamus illum apud *VIRGILIUM MARONEM*:

*non laudis amor, non gloria cessit
pulsa metu: sed enim gelidus, tardante senecta,
sanguis hebet, frigentque effaetae in corpore vires h).*

Qua re pater in his calamitatibus sine *dedecore* filium habebit curatorem. Neque patrem pudere potest huius *ministerii*, quo filius ipsi in magnis difficultatibus succurrit. Coniunguntur enim saepius apud veteres *cura* & *administratio* i), ut appareat, *curatione* & *tutela* non imperium, aut cogendi *potestatem*, sed *ministerii* quandam speciem contineri. Hoc intellexerunt *Saxones*, qui nullam dignitati maculam imprimi censuerunt, si quis curatorem accipiat infirmitatis causa: Der Mann, der über seine Tage kommen, soll einen Vormund haben, wenn er will, und kränket damit weder seine Büsse noch sein Wehrgeld. 1. Idr. *Art. 42.* Non inepte *Auctor glossae* k) *germanicae* observat, tutorem esse *defensorem illius*, qui in *tutela* aut *curatione* est: Der Vormund ist ein Beschirmer, weil er den beschirmen und vertreten soll, der ihm von Rechts oder Magschafft wegen vertrauet oder befohlen ist, welcher ihm selbst wegen seiner Jugend oder Unvermögens nicht vorstehen kan. Nulla igitur iniuria pater afficitur, de cuius salute filius *curam* suscepit.

Imo

g) CICERO Orat. pro Muraena c. 10.

h) VIRGIL, Lib. V. Aeneid. v. 394.

i) CICERO de Natura deor. Lib. I. c. 1.

utrum dii omni curatione & administratione vacent.

k) Glossa germ. Iur. prou. Saxon. Lib. I. Art. 11.

Imo vero parentes interdum se *ali* & nutrir *desiderant* a liberis, ut iudex se interponere & caritatem sanguinis perpendere, ideoque filium cogere debeat, ne detrectet *alere parent.* L. 5. pr. & ff. 2. D. de agnos & alend. liber. Nou. 12. c. 2. Sed quis non videt, ita commodissime parentem *ali*, si filius *curationem* bonorum & personae suscipiat, & prospiciat, ne quid patri desit, ad vitam beate transigendam.

Enascuntur autem aliae, ex aliis, difficultates. Obiicit enim CELSVS, *turbari ordinem naturae*, si filius praesit parentibus, illorumque bona administret. Sed facile diluemus illam dubitationem. Etiam cum *aluntur* parentes a liberis, *naturae ordo* perturbatur, quae potius filios parentibus commendat, ut ab illis nutriantur. Quae contra votum & consuetudinem accidunt, *insolita* quidem, non iniusta dici possunt, neque naturae aduersari iudicantur, si ex illis insolitis magna utilitas, qua carere non possumus, speretur. CIMONI certe non turpe fuit, cum, *turbato ordine naturae*, vberibus filiae clanculum, in carcerem coniectus, aleretur ¹⁾. Quis igitur pudor fuerit, patrem *contra ordinem naturae defendi* & regi a filio, quem ipse defendere ac tueri debuisset. Est enim, ut diximus, *curatio* a filio suscepta, species quaedam *alimentorum*, qua pater non minus carere potest, quam cibo & aliis necessitatibus, quibus filius succurrere iubetur.

Neque vero hoc semper *molestum* est parentibus, si, *turbato* conditionis humanae *ordine*, filiorum beneficio & cura subleuentur. GRVTERVS ostendit marmora antiqua, in quibus parentes laudant filium *spem* & *delicias* ^{m)} *senectutis*, *alumnus* ⁿ⁾ *alendae suae senectutis studiosus*. PAPI-
NIANVS ait, parentes, quamuis malint suam hereditatem liberis relinquere, tamen orbitatem suam consolari, si, *turbato mortalitatis ordine*, filius, contra commune votum omnium parentum, patri potius, quam extraneo hereditatem suam *pie* reliquisset. L. 15. pr. D. de inoffic. testament. Gaudet igitur pater de hereditate filii, in qua extraneo praefertur, quamuis hoc eueniat *contra ordinem naturae*, ut pater filio succedat.

Ex his itaque apparet, triste quidem, sed non ingratum tamen parentibus esse *ministerium*, quo ipsis nili *contra naturae ordinem* succurrunt. Quid magis *contra naturam* est, quam *patrem filii seruum* esse, & a filio manumissum, beneficio filii ad libertatem peruenire. Sed IUSTINIANVS ff. 5. I. qui & ex quibus caus. manum. tamen ex Lege Aelia Sentia retulit, hanc iustam manumissionis causam esse, si filius *patrem* aut *matrem*
manu-

¹⁾ VALER. MAXIM. Lib. V. c. 4. n. 1. in extern.
Inscript. Tom. I. p. 304. n. 1.

^{m)} GRVTERVS in Opere
ⁿ⁾ GRVTERVS ibid. p. 658. n. 5.

manumiserit. Potuit enim contingere, ut pater filii servus esset, si filius a domino heres institutus, totam familiam servorum, atque inter illos etiam patrem, servum testatoris, hereditario iure in potestatem herilem recepisset. In hac specie nihil iustius est, quam patrem, filii servum, ab illo pie manumitti, quamvis *ordini naturae* aduersetur, patrem herili potestati filii tanquam servum in familia subiectum esse, atque ab ipso manumitti. Neque potest dubitari, iucundam fuisse patri servo illam pietatem, qua a filio suo, contra *ordinem naturae*, manumittebatur.

Si ergo patris *dignitati* nihil decessit, quod in potestatem filii translatus, beneficio filii libertate donatus est; non potest turpe & indecorum videri, si pater *cura* & sollicitudine filii in magna calamitate defendatur. FABIO RULLIANO honori & voluptati fuit, quod, equo insidens, *sequi* potuit triumphantem filium, quem ipse paruulum manibus gestauerat in triumphis suis ^o). Plus dicam, FABIO etiam iucundum erat, quod a filii, consulis lictoribus *submotus*, equo descendere, & pedibus ad filium venire iubebatur ^p).

Vides, ne quidem molestum esse parentibus, si filiorum *imperio* regantur, cum intelligant, honorem & virtutem filiorum ad patrum honorem pertinere, & quae in filiis excelsa sunt, ad patres, tanquam ad auctores sanguinis & indolis, referri. Sed, ut supra observauimus, *curatio* patris, quam filius suscepit, non *imperium*, sed *ministerium* & *pietatis* officium continet, quod patri non potest dedecori aut acerbum esse. Scite VLPIANVS observauit, filium non solum patris, sed etiam matris curationem suscipere debere, cum utrique parenti *pietas* aequalis debeatur. *L. 4. D. de curat. furios.* Quomodo autem ingrata esse posset *pietas* & gratia, quam filii parentibus pro immortalibus beneficiis referunt, quae nulla *cura* & sollicitudine pensari possunt.

Ex his, quae disputata sunt, intelligetur, *naturae hoc non repugnare*, si parentes infirmi, filiorum *cura* ac *ministerio* in magnis necessitatibus regantur atque subleuentur. ANCHISAE patri non solum non odiosum, sed etiam iucundissimum erat, cum humeris filii, quem paruulum manibus suis rexerat, ex vrbe delatus, morti & incendio eriperetur ^q). Neque focer ANTONINI aegre ferre potuit, cum manibus generi sui in senectute subleuatus esset. Ex hac enim pietate imperatori nomen ANTONINI PII tributum esse, quidam tradiderunt.

Q 2

§. II.

^o) VALERIUS MAXIM. Lib. V. cap. 7. num. 1. in rom.
MAXIM. Lib. II. c. 2. n. 4. in rom.

^p) VALERIUS
^q) VIRGIL. Lib. II. Aeneid. v. 705.

Curatio est munus publicum humiliores potentiorum curam suscipere possunt & potentiores humiliorum.

Diximus, *praeter ordinem naturae* receptum esse, ut res patris a filio regantur. Quae autem ab ordine naturae non nihil recedunt, *insolita* dicuntur, quia praeter consuetudinem, non *frequenter*, sed ex singularibus causis interdum admittuntur. Caue tamen, existimes, omnia *insolita*, quae *praeter ordinem naturae* locum inueniunt, *iniusta* seu *contra naturalem rationem* introducta esse. Haec enim naturalis ratio non prohibet, quo minus interdum *insolita* quaedam remedia, quamuis cum *incommodo* quodam coniuncta sint, nostris necessitatibus adhibeamus, si haec remedia sint *unica*, ut sine his utilitates quasdam procurare nequeamus.

Praeterea nunc locus est admonendi, non prorsus *inauditum*, neque *contra rationem iuris* civilis constitutum esse, ut *filium curatorem* rebus *paternis* administrandis ex *caussa necessaria* praeficiamus. Nimirum, constat, *curationem* non minus, ac tutelam, inter *munera publica* referri, quae propter communem aliquam utilitatem, etiam inuiti suscipere debemus. *L. 1. D. de vacat. & excus. muner. Pr. I. de excus. tut. & cur.* Sed in *muneribus publicis* imponendis, non attendi solet *discrimen* illud *personarum*, propter quod in *familia* diuerso iure inter se viuuntur. Placuit enim etiam *filio familias munus publicum* deferri posse, in quo *patri* suo *praeesse*, resque parentis regere & moderari queat. *ULPIANVS* certe, *filio* qui *magistratum* gerit, permittendum esse, docet, ut in *patrem* suo imperio utatur, ideoque *cogi* posse *patrem a filio*, ut hereditatem adeat & alii restituat ex fideicommissio. *L. 13. §. 5. D. ad SCt. Trebell.* Ex eadem causa *AFRICANVS* praecipit, in *priuatis* negotiis, *filium patri iudicem dari*, & *contra patrem* iudicare posse, quamuis patri in familia subiiciatur. *L. 77. D. de iudiciis.* Tempestiue *PAVLLVS* admonet, *iudicis* officium videri *publicum munus* esse, hinc in illo *munere publico* iudicis administrando negligendum esse ordinem personarum, quo in familia discernuntur. *L. 78. D. de iudic.*

Potest igitur pater filium *iudicem* habere, & filio magistratum gerenti, in priuatis negotiis extra familiam obtemperare, ne ipsa respublica turbetur. *Dignitatis* certe *personalis* rationem in muneribus publicis deferendis non habemus, sed generaliter placuit, *maiolem & aequalem inferioris iurisdictioni* non minus, quam potentioris imperio subiectum esse posse, inuerso ordine aut gradu personarum atque dignitatum. *L. 14. D. de iurisdic. L. 13. §. 4. ad SCt. Trebell.* r) Abscisse *HERMOGENIANVS*, *ius publicum*, ait, non sequi *ius potestatis*, hoc est, in munere publico administrando non attendi, utrum in familia potestati illius subiecti simus, contra quem iure magi-

r) GERARD. NOODT. Comment. ad Dig. Lib. V. Tit. 1. p. 151.

magistratus nostri utimur. *L. 14. pr. D. ad Sct. Trebell.* ⁵⁾ Eleganter TAVRVS philosophus apud AVLV M GELLIV M cum *praeses* provinciae, comite *patre suo*, ad conuiuium venisset: *In publicis*, ait, *locis*, *muneribus* atque *actionibus patrum iura*, cum *filiorum*, qui in magistratu sunt, *potestatibus*, collata, *interquiescere paululum* & *conuiuere*: sed, quum *extra rem publicam*, in *domestica re* atque *vita sedeatur*, *ambuletur*, in *conuiuio quoque familiari discumbatur*, tum *inter filium magistratum* & *patrem priuatum*, *publicos honores cessare*, *naturales* & *genuinos exoriri* ⁶⁾. Haecenus GELLIVS. Ne quis tamen credat, hoc ad solos magistratus pertinere, opportune addit POMPONIVS, in publicis causis filium familias, veluti si *tutor* datus sit, aut *curator*, loco patris familias haberi. *L. 9. D. de his qui sui vel alien. iur.*

Apparet igitur, si filius curator patri detur, non attendi ius potestatis, sed munus publicum curationis, prout utilitas suaserit, turbato personarum & dignitatis discrimine, etiam filio deferri posse. Ex eodem fonte deriuatur, quod patroni *filius* erubescere non debeat, si ipsi *libertus* patris *tutor* detur. *L. 14. D. de tutor. & curat. dat.* quamuis libertus patrono eiusque liberis *obsequium* & *summam reuerentiam* debeat non secus ac parenti. *L. 9. D. de obsequ. parent. & patron. praestand.*

Recte igitur *minor*, seu inferior, ut libertus, *maiori*, cui *obsequium* & *reuerentiam* non minus ac parenti debet, *tutor* aut *curator* datur, nec videntur iura familiae aut dignitatum muneris publici administratione perturbari. Non desunt exempla *principum*, qui sensu infirmitatis suae permoti, *filiis administrationem* reipublicae & imperii permiserunt, ut ipsi quodammodo filiis subiecti esse viderentur. Nostra aetate Rex Hispaniae, iam fatis defunctus, filio primogenito nunc mortuo, permisit imperium, maluitque filii prouidentiae res omnes gubernandas committere. Non dubitauerunt imperatores imperii Romano-germanici, administrationem *regi Romanorum* aut *vicariis* imperii lege constitutis committere, si quando ipsi morbo, vel peregrinationis necessitate impediti, non potuerint reipublicae praesse. *Aurea bulla Tit. 5. §. 1. u)*

Non inique igitur *curatio* illis defertur, qui *inferiores* sunt gradu dignitatis, ut possint res illorum administrare, quibus ad *obsequium* & *obedientiam* praestandam obstringuntur. Immo vero quia dignitatis & ordinis ratio in muneribus publicis haberi non solet, vicissim nec *maiores* nec

po-

5) CORNEL. VAN BYNKERSHOECK Lib. I. Obseru. Iur. rom. cap. 18. pag. 74.

6) A. GELL. Noct. Att. Lib. II. c. 2.

u) IO. PET. ALVDEWIG. Com-

ment. ad Auream Bullam Tom. I. p. 307. Kemmerich. Introductio ad Ius Publ. Lib. III. c. 8. §. 27. seq.

potentiores puduit, *humiliorum curam* suscipere, ne res eorum consume-
rentur. Ita & *parentes* filii emancipati, & *patroni* tutelam libertorum im-
puberum gerunt. *tot. tit. Inst. de legit. parent. & de legit. patron. tut.*
Apud *Saxones* inprimis, *dominus directus* vasalli impuberis tutelam gerere
& feudum *tutoris* iure administrare non detrectat. Der Herr ist ja immer
des Kindes Vormund an dem Guth, das das Kind von ihm hat, dieweil er
das Angefälle unverliehen hat. Und soll die Gült des Guths nehmen, bis das
Kind zu seinen Jahren kommen. *Sächs. Lehnrecht Cap. 26.* x) *IMPE-*
RATORIBVS non molestum fuit se *nutricios* & *curatores* ecclesiarum ap-
pellari y). In ipsis legibus imperii Caesar gaudet, se dici curatorem & de-
fensorem ecclesiae & orbis Christiani, obersten Voigt der Christenheit z),
Schutz und Schirm: Herrn der Kirchen a). Qua de caussa *Saxones* non
dubitarunt *regem Germaniae, curatoris romani* nomine, posteris commen-
dare; da er Römischer Voigt von heißt, und darum daß er Römischer Voigt
ist. *Weichbild. Saxon. Art. 8.* Romanis magistratibus etiam non inui-
sum fuit, si *curatorum nomen* ipsis a populo tribueretur. *MARCUS TUL-*
LIVS habet *curatores frumenti* b) & *aediles annonae curatores* c). *GRV-*
TERVS etiam commemorat *curatores viae sternendae & reficiendae*, & ali-
mentorum *curatores* d), quamvis hi omnes magistratuum munere in ciui-
tate fungerentur.

Parum igitur refert, quis alteri *curator* detur, cum & inferiores su-
perioribus praefici possint, & potentioribus non graue sit, curam suam in
humiliores & miseros conferre. Noli igitur mirari, quod *filius* etiam *patri*
curator dari possit, cum, ut diximus, in publicis muneribus non attendamus
iura priuatae potestatis.

§. III.

Filius matri
recte curator
datur. Etiam
cura sexus
filio deferri
potest.

Accepisti, nec reuerentiam patri debitam, nec iura potestatis, prae-
tori impedimento esse, quo minus filium possit patri curatorem dare. *Cu-*
ratio enim pietatis ministerium & obsequium aliquod continet. Quando-
quidem natura primo loco nos admonet, ut patriae parentibusque pareamus.
L. 2. D. de iust. & iur. Occurrit *VLPIANVS*, qui non tantum *patri*,
sed etiam *matris curationem* ad *filium* pertinere ait. Eius rei hanc affert
rationem, quod utrique parenti, quamvis non aequalis sit illorum potestas,
pie-

x) vid. 10. PET. de LVDEWIG dissert. de different. iur. rom. & germ. in fru-
ctuum attributione, inprimis tutelae fructuariae p. 6. sequ.

y) Const. Sicular. Lib. III. Tit. 28. apud Lindenbr. in Codd. LL. antiq. pag. 802.

z) Rec. Imper. August. de anno 1530. §. 9 & 10.

a) Capitulatio nouiss. Francisci Art. 1. Io. Limnaeus ad Capit. Caesar. Art. 1. p. 134. Christ. Tho-

masius ad Lancell. Lib. II. Tit. 19. p. 1029.

Lib. XV. c) c. c. de LL. Lib. III. c. 3.

script. Tom. I. p. 435. n. 8. & alibi passim,

b) c. c. Epist. 11. ad Att.

d) GRVTERVS Oper. in-

pietas tamen aequa debeatur. *L. 4. D. de curat. furios.* *Pietas* igitur filio persuadebit, ut *matri* etiam impertiat aliquid curarum, quae magis vere, quam pater, indiget curatore, in cuius praesidio & tutela conquiescat. Maiores enim, si MARCO TULLIO fides est, mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, in tutorum potestate esse voluerunt *e)*. Sed, *patre* quidem *superstite*, non facile inveniunt matres, cur ad filios confugiant, cum mariti consilio & cura defendantur. Durior autem *viduarum* est conditio, quae plerumque sibi consulere, & rebus suis praesse nequeunt, nisi ab aliis regantur *f)*. Olim quidem Romani dubitarunt, utrum patri duntaxat, ceterisque virilis sexus parentibus, filius ad alimenta praestanda, & alia necessaria subministranda, adstringatur, an etiam *matrem* & ceteros per matrem coniunctos alere & protegere cogatur. Sed VLP IANVS hoc officium ex aequitate, & sanguinis caritate, aestimandum esse censuit, ideoque *matris viduae* aegritudini non minus, quam patris necessitati a *filio* prospiciendum esse iudicavit. *L. 5. §. 2. D. de agnosc. & alend. liber.* Noli igitur dubitare, quin filius, qui matrem interdum *alere* cogitur, etiam matri curator dari possit. Ita CHRISTO, Servatori generis humani, visum est, qui iam moriturus, discipulum inter omnes dilectissimum matri suae *filium* assignavit, ut filius ille curam suam & sollicitudinem in matrem adoptivam, loco filii mortui deriuaret, *Ioann. c. 19. v. 27.* Etiam PIRINVS & LVDOVICVS Reges, viduas pupillarum iure vii, & iudicis providentiae atque curae inprimis commendatas esse, voluerunt *g)*. Veteri Saxonum iure, videtur *curatio* vxoris viduae relictæ ad *pruignum*, seu filium, quem maritus ex alia vxore habuit, pertinuisse. Ita enim Saxones praeceperunt: *Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam eius filius, quem ex alia vxore habuit, accipiat h)*.

Multo magis igitur habuerunt posteri, cur, sanguinis caritatem secuti, *filio* legitimo & naturali, matris suae heredi, eius curationem & tutelam deferrent. Consuetudine enim inuectum est, ut proximus *agnatus* & *heres* curam suscipiat de mulieris viduae salute. Der älteste Schwere-Magen und der Erbe, ist auch der Wittwen Vormund, bis sie wieder einen Mann nimmt, wosfern er ihr ebenbürtig ist. 1. Ldr. Art. 23. Itemque alio loco, wenn der Mann stirbet, so ist sie ledig von seinem Rechte, es muß aber ihr nächster ebenbürtiger Schwere-Magen ihr Vormund sein. 1. Ldr. Art. 45. *Filii* igitur, qui matris hereditatem propter ius sanguinis expectant, tanto iustius aliquid curarum matri impertient, quanto plurium beneficiorum, quae

a

e) CIC. Orat. pro Muraena c. 12. *f)* FERANDI Adluens. Explic. Lib. I. §. 55. in thes. Otton. Tom. 2. p. 560. *g)* Leg. Longob. Lib. II. Tit. 48. n. 1 & 2 n. Cod. LL. antiq. apud Lindenbrog. p. 645. *h)* Vetus Lex Sax. Tit. 7. n. 2 apud Lindenbrog. p. 476.

a matribus profecta sunt, recordantur. Cogitare enim debent, matres indulgentiores esse in filios, illos fouere in sinu, in vmbra continere, non permittere, vt fleant, tristentur, aut vlllo vnquam incommodo laborent ²⁾. Hodie quidem mulieribus viduis aut virginibus *curatores sexus*, inprimis si in iudicio litigent, aut immobilia vel Geradam totam alienent, etiam ex officio a iudice adiunguntur. *Const. Elect. Sax. 15. p. II. k)* Iudex igitur in hac specie non dubitabit *filium matri curatorem sexus* dare.

§. IV.

*Filius patris
res admini-
strare & ne-
gotia gerere
potest sine
mandato.*

Pietatis igitur officio fungitur filius, qui patris aut matris curationem non detrectat. Huic pietati cum fauerent veteres, permiserunt filiis etiam *spon te & sine praetoris iussu* aut *patris mandato* res parentum defendere & pro patre in iudicio interuenire. Apud SCAEVOLAM elegans est epistola LVCII TITII, qui naturae conueniens esse iudicauit, filios *sine mandato* res paternas in familia administrare: Ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τῶ ὑπὲρ πατρὸς πραγματεύεσθαι, διχὰ τῶ τινα ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. Ego quidem secundum naturam esse existimo, pro *patre negotiari*, sine aliqua concessionis inquisitione. *L. 60. §. 4. D. mandati.* Luculenter VLPIANVS docuit, si quis ex liberis interueniat pro *patre*, non exigi mandatum, *L. 3 §. 3. D. iudic. solui.* quamuis etiam possit *expresso patris mandato* filiis administratio permitti. *d. L. 3. §. 3. iudic. solui.* Certe filium pater, sua voluntate, *institutorem* negotiationi suae potest praeponere, vt rem totam administraret. *L. 19. §. 2. D. de instit. action.*

Liberi ergo, qui in *potestate* constituti sunt, non solum *iussu*, sed etiam *sine mandato*, possunt res patris procurare. *L. 35. pr. D. de procur.* ALEXANDRO quoque placuit, filium, licet non ostendat mandatum patris, *ultro* eius actiones dirigere posse. *L. 12. C. de procurat.* Hoc vnum enim exigitur, vt filii de *rato* caueant, neque aliquid suscipiant, quod sine speciali mandato perfici non possit. vid. *Ord. Proc. El. Sax. rec. Tit. VII. §. 3.* Immo vero laxior est interdum potestatis filii, quam *procuratoris*, *expresso* mandato constituti. Si enim *captiuus* redimendus est pater, poterit filius res patris vendere, aut pignoris iure obligare, vt pecuniam conficiat, patris redimendi causa. Hoc vero *procuratori*, nisi speciali mandato instructus sit, veteres non semper concedendum esse crediderunt. *Nouell. 115. cap. 3. §. 13.*

Quae cum ita sint, plerumque *malunt* patres, inprimis senes, absentes aut infirmi, sine praetoris interuentu, filiis res suas administrandas *pruatiuim*

²⁾ L. ANNAEVS SENECA de Prouidentia c. 2. ^{k)} Mand. Reg. Elect. de dato Dresden den 22. Nou. 1722. in Cod. Aug. Tom. I. p. 1210.

uatim committere, & commendare. Ita enim evitare possunt difficultatem, & causae cognitionem, cum multis incommodis coniunctam, quae necessaria est, si patris *curatio* a praetore filiis *publice* deferatur. Immo vero commodius est, de his rebus *priuatim* agi inter filium & patrem, ut pater, sine praetoris auctoritate, mutato consilio, cessante causa curationis demandatae, res suas repetere a filio, illasque suo arbitrio ordinare possit. **PAVLVS** tamen negotia *patris furiosi* videtur excipere, quae geri nequeant sine decreto magistratus; ait enim, furioso animum deesse, hinc dici non posse, quod *rem ratam habiturus sit*, si quis sine *mandato*, ex praesumpta eius voluntate, interuenerit pro furioso. *L. 2. §. 1. D. de procurat.* Hac de causa filius cum cautione de rato pro patre furioso non poterit interuenire.

§. V.

Possunt itaque parentes *priuatim* filiis res suas commendare, ut filii non tam curatorum quam potius procuratorum & institorum officio, sine praetoris interuentu, defungantur. Hoc iure imprimis *senes & infirmi*, qui rebus suis propter aetatem superesse nequeunt, utuntur. Apud *Germanos* fere consuetudine inualuit, ut *senes rustici*, ultra sexagesimum aetatis annum prouecti, filiis *vendant* bona sua, & fructus quosdam, seu *alimenta* commoda, sibi reseruent. Ita enim *colore venditionis*, incommoda administrationis, & *curationem bonorum*, in filios transferunt, ipsi vero honesto & securo otio consenescent. Magistratus quidem, qui in loco rei sitae iurisdictionem exercent, *senibus infirmis*, maxime annum sexagesimum aetatis egressis, prorsus resistere, & venditiones illas impedire non possunt. Magna tamen cautione & prouidentia uti debent, ne tales venditiones temere, & sine discrimine ab ipsis confirmantur. *Praefecti* non permittere debent, ut bona *emphyteutica* aut *cenfitica* filiis a parentibus *viliori pretio* in fraudem census aut *laudemii* vendantur. *Laudemium* enim, tanquam pars iusti pretii, domino post veram aestimationem praedii exsoluendum est ¹⁾, nisi liberis illud interdum remittatur. *Const. inedit. 1.* Porro prospiciendum est, ne, detractis alimentis, quae venditor sibi reseruat, seu fructibus ad alendum destinatis, redditus fundorum ita imminuantur, ut emtori vix sufficiant ad onera ferenda, & operas domino praestandas. Daferne ein Amts. Unterthaner, Alters oder sonst Unvermögens halber, seinem Guthe nicht mehr vorstehen kann, so ist die Alienation zwar, jedoch mit keinem Auszuge, dadurch die Güther allzu sehr geschwächt werden, zu gestatten ^{m)}. Denique si venditores vel *aediculas* habeant, in quibus alantur, vel fructus quosdam prae-

¹⁾ vid. Mand. Elect. de dato Torgau vom 12. Jul. an. 1681. in Cod. Aug. Tom. II. p. 25 sequ.

^{m)} dict. Mand. in Cod. Aug. Tom. II. p. 25.

praedii ad alimenta sibi *reuerfauerint*, iubentur vel vt "possessores" aedium als Häusler, vel vt inquilini, als Hausgenossen, census aut operas praestare: Welche Verkäufer bey Uebergabe ihrer Güther, an ihre Kinder oder auch Frembde, gewisse Auszüge sich vorbehalten, theils auch auf des Guths Grund und Boden sich besondere Häuserchen zu ihrer bessern Bequemlichkeit und Auf-enthalt gebauet, sollen in dem ersten Fall, wenn sie nur aus den Güthern den Auszug genießten, als Hausgenossen, in dem letztern Falle aber, wenn sie Häuserchen sich erbauet, als Häusler tractiret werden ⁿ).

Qui igitur *vendunt* bona sua liberis, *senectutis* & *verae infirmitatis* causa, saluo iure domini directi, *priuatum* quodammodo *curationem* bonorum, & onus alendae senectutis suae in liberos conferunt, quamuis filius non expresso iudicis decreto, illis curator *publice* constituatur. Alii senes, vt possint consilium mutare, non vendunt, sed locant praedia filiis interdum non ita magna mercede, vt ipsi alantur ex pensionibus, & filii heredes curam & sollicitudinem suscipiant de bonis conseruandis.

Quandoquidem vero, qui vendunt vel locant praedia *cum reseruatō rurifico*, mit Vorbehalt eines Auszugs, non omnium onerum vacationem habent, sed ad census soluendos aut operas domino praestandas, vt possessores aedium vel inquilini domino plerumque obligantur; *malunt* interdum patres illi, senio confecti, propter summam infirmitatem & virium debilitationem *filios* suos *curatores* accipere, quarum prouidentia ipsi penitus omni sollicitudine & cura liberentur. Hoc enim etiam Saxonico Iure *senibus* permissum, vt, si viribus defecti sint, post annum sexagesimum exactum, possint petere sibi *curatores*, in quorum praesidio delitescant: Ueber 60. Jahr ist der Mann über seine Tage kommen, da er einen Vormund haben soll, wann er will, und fränket damit weder seine Busse noch sein Wehrgeld. I. Ldr. Art. 42. Quo loco obseruandum est, filium, qui propter senium & propter ingrauescentem aetatem patri curator datur, magis *administratorem bonorum* esse, quam *personae curatorem*; cum *senes* non tam *regi* velint a curatoribus, quam labore ac molestia administrationis liberari. Ita POMPONIO visum est de curatore, qui tutori ob *senium aetatis* vel aduersam valerudinem adiungitur. Ait enim, hunc magis *administratorem* rerum, quam *curatorem* dici posse. L. 13. pr. D. de tutel.

Volentibus igitur senibus, propter infirmitatis priuilegium *curatores* dari possunt, sed non facile *inuitis*, nisi in causae cognitione appareat, illos, quamuis mentis compotes esse videantur, tamen ad egestatem perducere & rebus

ⁿ) ibid. & Mand. Reg. Elect. de dato Dresden den 27. Jun. an. 1709. in Cod. Aug. Tom. I. p. 1755.

bus suis moderari non posse. L. 12. D. de tut. & cur. dat. Ita quidem senibus dantur *curatores*, qui, nulla mercede accepta, omnia pro illis incommoda suscipiunt & rationes reddunt administrationis suae. Sed admonendum est, nulla *senes macula* adspergi, & nullum dedecus inferri illis, qui propter *senium* curatores petunt. Hoc ostendit ille, quem supra adduximus apud VIRGILIUM MARONEM, qui significat, nondum omnes igniculos animi extinctos, sed impedimento esse senectutem, quae prohibeat, ne consilia animi cum fructu perficiat & exsequatur. Audiamus VIRGILIUM senis illius verba interpretantem:

*Si mihi, quae quondam fuerat, quaque improbus iste
exultat fidens, si nunc foret illa iuuenta o).*

Itemque paulo ante;

*non laudis amor, non gloria cessit
Pulsa metu: sed enim gelidus, tardante senecta,
Sanguis hebet p).*

Recte maiores nostri: Er fränket damit weder seine Büsse noch sein Wehrgeld. 1. Ldr. Art. 42. Gratulatione potius digni habentur, qui proxime absunt a portu, & in navigatione illa, filiorum ministerio, quasi velis remisque feliciter & circumspēcte prouehuntur. Educarunt enim filios, ut in illis inueniant spem & delicias senectutis suae q). Nihil senibus molestius est, quam si novas sedes quaerere, atque ingrauescente aetate, usum vitae, quo assueti sunt, deserere cogantur. Igitur malunt inter suos in sede, quam olim elegerunt, fata sua opperiri. Ita HORATIVUS FLACCUS:

*Heie meae sedes utinam senectuae
sit modus lasso matris & viarum
militiaeque r).*

§. VI.

Praetor itaque non dubitabit, his senibus, vel petentibus, vel si indigeant aliorum consilio, *filium* etiam sponte curatorem dare. VLPIANVS ait, non solum posse filium dari curatorem, sed etiam dari debere potius *filium*, quam *extraneum*. L. 12. §. 1. D. de tut. & cur. dat. L. 1. §. 1. de curat. furios. In hac re enim obsequendum est voto communi omnium parentum, qui malunt in sinu propinquorum consenescere & curatione filiorum defendi, quam extraneis se committere & illorum iniuriam cum gemitu

*Filius volens
prae aliis ad-
mittitur ad
curationem
patris senis.
An etiam sit
tutor legiti-
mus, dubita-
tur. Certe co-
gi potest ad
praestanda
alimenta.*

R 2

o) VIRG. Lib. V. Aeneid. v. 397.

p) ibid. v. 394. seq.

q) GRVT. in Oper.

inscript. Tom. I. p. 304. n. 1. & p. 758. n. 5.

r) HORAT. Lib. II. Carm.

Od. 6. v. 6.

tu ac dolore expectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel diuitias suas inuidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effaetae senectutis. *L. 2. pr. C. quando & quib. quarta pars deb.* Quare gaudent senes illi, si a filiis administrantur bona sua, quae filiorum causa ab illis comparata sunt, & quorum hereditatem, filiis inprimis, destinant. *L. 15. D. de inoffic. testam.*

Igitur si parentibus curatores dandi sunt, filii praeferuntur extraneis, ne res familiaris, interuentu extraneae personae, affligatur. Neque tamen hoc est perpetuum, cum in illis negotiis, quae arbitrio iudicis reguntur, multa accidere possint, quae efficiant, ut a communi voto atque regula recepta discedatur. Praetor arbitrium parentis potest deserere, si quaeratur, ubi quis alendus & sustentandus sit, & prospicere debet, ut ille, cui alimenta decernuntur, sine omni maligna suspicione, & sine magno incommodo, alatur. *L. 1. §. 1. D. ubi pupillus educ. deb. & L. 1. C. eod.* Diligenter monuit D. PIVS, tunc demum filium patri curatorem dari, si filius sobrie vixerit, & si tam probus fuerit, ut sine dubitatione cura de salute & patrimonio parentis filio permittenda esse videatur. *L. 12. §. 1. D. de tutor. & cur. dat. & L. 1. §. 1. de curat. furios.* Hoc enim negotium ex conditione personarum, ex tempore & loco, ex ipsa quantitate patrimonii, aestimandum est, ut quietem, & tutam sedem senectutis suae, pater inueniat, qui rebus suis ipse satis commode vacare non potest. *L. 1. §. 1. D. ubi pupill. educ. deb.*

Itaque tunc demum, si nihil impedimento sit, nec dubitari possit de filii affectione, praetor filium potius quam extraneum curatorem dabit. Minus autem dubitare poterit praetor, si paratus sit filius ad curam familiae suscipiendam. Qui enim bene animati sunt, illis dulcissimum est officium, quo gratiam referre possint meritissimo parenti. In mentem venit ille apud VIRGILIUM MARONEM, qui,

*ut depositi proferret fata parentis,
scire potestates herbarum usumque medendi
maluit, & mutas agitare inglorius artes s)*

Ab hoc pietatis ministerio filium praetor non facile retrahet aut auocabit.

Sed difficilior est disputatio, si quaeratur, an praetor etiam cogere possit filium inuitum. D. quidem PIVS & D. FRATRES, ex quorum rescripto filius patri curator dari potest, non videntur de filio inuito cogitasse. Aiunt enim, permittendam esse filio curationem patris. *L. 1. §. 1. D. de curat. furios.* Sed permittimus volenti duntaxat, quod desiderat, non inuito,

s) VIRG. Lib. XII. Aeneid. v. 395.

uito, qui potius cogendus est arbitrio praetoris. Praeter ea Imperator GORDIANVS, tantum abest, ut cogat filium inuitum patris curationem suscipere, ut potius iubeat filium curatores petere a praetore, qui perturbata patris negotia sanare possint. *L. 3. C. de curat. furios.* Hac de causa non videtur cogendus esse filius inuitus ex rescriptis D. PII atque GORDIANI, qui permittendam duntaxat volenti curationem aut alios ab ipso curatores petendos esse iudicarunt.

Verum enim vero certius est, filium etiam *inuitum cogi posse* ad curationem patris emeriti suscipiendam. Nimirum *alere* parentem *filius* cogitur etiam *inuitus*. FABIVS QVINCTILIANVS tractauit legem, qua cautum est, ut filius, qui patrem alere recuset, vinciatur, & magistratus imperio coerceatur ¹⁾. Enucleate VLPIANVS praecipit, parentes, causa cognita, a liberis *alendos* esse, *L. 5. pr. D. de agnosc. & alend. liber.* Ideoque captis pignoribus & *mixto iudicis* imperio *cogendum* esse filium, ut alimenta patri praebeat pro modo facultatum. *dict. leg. 5. §. 10. D. de agnosc. & alend. Nou. 117. c. 7. in fine.* ANTONINVS Imperator nullo discrimine admissio, iustissimum esse, ait, liberos succurrere parentum necessitatibus. *L. 1. C. de alend. lib. & parent.* Apertissime IUSTINIANVS patrem inopem non solum ob spem hereditatis, sed etiam propter ipsam *naturam* & legis dispositionem, alendum esse constituit. *L. 8. §. 5. C. de bon. quae liber.* Quamuis enim pater, inquit, legum contemptor & impius sit, *tamen pater est.* *Nou. 12. c. 2. in fine.* PAVLLVS certe, patrem, etiamsi in insulam relegatum, a filia non immerito ali posse respondit. *L. 73. §. 1. D. de iur. dot.*

Alendus igitur est pater a liberis. Sed qui *alere coguntur*, *omnibus necessitatibus* succurrere & operam dare debent pro modo facultatum, ne quid desit patri ad vitam beate & commode degendam. *L. 1. C. de alend. lib. vel parent. & L. 2. C. de aliment. pup. praest.*

Noli igitur dubitare, quin filius, qui patrem alere tenetur, etiam *curationem* personae & bonorum suscipere cogatur. Certissime enim pater ad egestatem perducitur, si, cum rebus suis ipse moderari nequeat, res familiaris & curatio bonorum negligatur. Nimirum, qui egenum patrem de suis facultatibus alere cogitur, multo magis prospicere debebit, ne bona patris, ex quibus suo sumtu ali possit, pereant & dissipentur. Ex hoc fonte defluxit, quod *potentissimus pater patriae*, lege publica prospexit, liberos rusticorum ne quidem a domino iurisdictionis ad ser-

¹⁾ M. FAB. QVINCTILIANVS Declam. 5. *Partulphi Prateii Iurisprudencia Vetus* LL. Solonis Lib. IV. in thes. Otton. Tom. 4. p. 490.

seruitia annua cogendos esse, si appareat, parentes liberorum suorum ministerio carere non posse: Wenn der Vater seine Kinder, die zum Dienstzwang erfordert werden, zu seinem Hauswesen selbst unentbehrlich braucher ^{u)}, ut appareat, officium, quod liberi parentibus debent, omnibus aliis negotiis praeferrri.

Filius igitur patri curator dari, & interdum etiam cogi potest a praetore. Sed porro expediendum est, vtrum mere *datiua* sit illa curatio, quam filius de parente *sene & debili* suscipere cogitur, an potius filio *immediate a lege* illa cura imponatur, ideoque haec cura *legitima* appellari possit. Si rem ex Iure ciuili aestimes, non inepte dubitari potest de *legitima* hac curatione. Lex enim XII tabularum *legitimam* tutelam & curationem tunc deum proximis *heredibus* imponit, si certum sit, illis spem hereditatis & successionis, ne quidem testamento & suprema voluntate *domini*, auferri posse. *tot. tit. I. de legit. patron. tutel. L. 1. pr. D. de legit. tut. Furiosi* igitur & *prodigi*, cum testamentum facere nequeant, in *legitima* cura heredum suorum esse debent, *§. 3. I. de curat. Minores* vero non sunt in *legitima* agnatorum cura, sed a praetore curatores accipiunt, quia hereditatem agnatis testamento eripere, illamque in alios transferre possunt. Eadem videtur esse conditio *senum*, qui quamuis debilitati sint, testamenti tamen factione non prorsus excluduntur. *DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS*, *senectutem solam*, nequidem donationibus inter viuos, impedimento esse, censuerunt. *L. 16. C. de donationib.* Multo minus vero *senes* hereditatem in alios transferre prohibentur.

Verum enim vero, quamuis possint *senes* testamenta facere, nihilominus tamen filii parentis senis curationem *legitimam* suscipere tenentur. Expeditum est enim, filios hodie *certissimam* habere *spem* successionis, cum *legitima portio* illis interuerti, aut imminui a parentibus nequeat, nisi suo delicto exheredationem mereantur. *Nou. 115. pr. sequ.* Filius igitur, qui partem aliquam paternae maternaeque hereditatis *necessario* consequitur, munere *legitimae curationis* oneratur, nisi causam idoneam exculationis inueniat, qua munus illud declinare possit. *tot. tit. de legit. patr. tut.* Quae cum ita sint, dicemus, patrem esse in *legitima* filiorum curatione. Haec enim non solum ad filios, qui in patris potestate sunt, refertur, sed ad *emancipatos* etiam, quibus & ipsis praetor bonorum possessionem, & Imperator parentum *hereditatem* liberaliter concedit. Ipse pater liberorum *emancipatorum*, qui sunt impuberes, *legitimam tutelam* nanciscitur, propter spem successionis; ideoque nec liberi emancipati, quibus portio legitima eripi non potest, patris naturalis curationem recusare possunt, quamuis solutum sit vinculum ciuilis potestatis.

Non

^{u)} Gesindeordn. de dato Warschau den 16. Jul. anno 1735. Tit. 7. § 7.

Non multo secius de liberis *separatis*, von abgesonderten oder abgesundenen Kindern, iudicabimus, qui, parte bonorum accepta, suo arbitrio res suas administrant. Hi enim spem *hereditatis* retinent, & bona a patre relicta diuidere possunt cum coheredibus, si *conferre* velint bona, quae acceperunt a parente. 1. Ldr. Art. 13. *Separati* igitur liberi, propter spem hereditatis, obstricti sunt ad curam *legitimam* suscipiendam. Sed, quid dicemus, si *renunciauerint* hereditati, parte aliqua accepta? Post *renunciationem* enim, iureiurando confirmatam, non possunt cum reliquis heredibus actione familiae erciscundae experiri, sed prorsus ab hereditate excluduntur. c. 2. de pact. in 6. P. 11. Const. Elect. Sax. 35. x) Sed nihil moueor, quo minus credam, etiam *separatos* liberos, ad munus *curationis legitimae* suscipiendum, cogi posse a praetore. Liberi enim *separati* a viuis parentibus *acceperunt hereditatem*, & plus habent, quam *spem* hereditatis, ideoque non minus tenentur, quam illi, qui propter solam *spem* successionis, curatione legitima onerantur. Iure civili igitur, pater senex & infirmus in *legitima* est cura filiorum, quia omnes filii certam *spem* hereditatis paternae retinent. Multo magis vero Iure Saxonico veteri filiis curatio legitima imponi potuit, cum Saxones *senibus* & infirmis non permiserint liberam de bonis suis disponendi facultatem: Alle fahrende Haabe aber kann der Mann ohne der Erben Erlaubniß aller Orten vergeben und Guth verlassen und verleihen, so lange er sich vergestalt vermag, daß er mit einem Schwerd umgürtet und mit einem Schilde, von einem Steine oder Stocke, einer Ellen hoch, auf ein Pferd steigen könne, ohne eines Menschen Behülfe. Wenn er dieses zu thun nicht vermag, so kann er auch nichts vergeben, lassen noch leihen, daß er es dem entferne, der es nach seinem Tode erwartend ist. 1. Ldr. Art. 52. Glossa germanica excipit res exiguas duntaxat, quas *senex* in lecto suo decumbens, in manu tenere & in donatarium transferre potest. Doch sagen etliche, daß er auch auf seinem Siechbette die Ding vergeben mög, welche er über das Bettbret hinwegreichen könne. Sed haec quidem in plerisque locis maximam partem y) defuetudine exoleuerunt. Filiis tamen etiam in Saxonia propter *certissimam spem* portionis *legitimae*, & quia patri, tanquam patri, etiam sine spe hereditatis obstricti sunt, *curatione parentum* legitima merito defertur. Extremo disputatione vix indiget, curatorem etiam *legitimum* a magistratu *confirmandum* esse. Rec. Imper. de anno 1548. §. 31. Parum igitur refert, vtrum hanc curationem *legitimam*, an datiuam appellemus, cum filius nunquam, vt *curator*, bona administrare possit, nisi auctoritate magistratus curationis munus ipsi sit commissum.

§. VII.

x) CARPZ. P. 11. Const. 35. def. 4. Berg. oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 48. n. 5. p. 446. y) vid. Const. El. Sax. 12. & 31. P. 11. Torgauisches Auschreiben tit. von Agnaten in Cod. Aug. Tom. I. p. 151.

§. VII.

*Cura patris
furiosi &
prodigi filio
potius defer-
tur, quam
extraneo si
probus sit
filius & so-
brie vivat.*

Tradidimus de senibus, quorum igniculi quidem nondum extincti sunt, & quorum virtus, ut vinum bonum, aetate non coacuit, sed qui tamen propter corporis infirmitatem, in sinu propinquorum requiescere, & vacatione curarum familiarium uti maluerunt. His quidem non invidemus illud, quod HORATIVUS FLACCUS votis omnibus expetendum iudicavit:

*Frui paratis & valido mihi,
Latoe, dones; at, precor, integra
cum mente, nec turpem senectam
degere, nec cithara carentem 2).*

Tristior autem illorum conditio, qui, praeter naturalem senectutis morbum, animi etiam viribus & iudicandi facultate, aetatis aut morbi vitio, deficiunt. Hi enim, cum testamentum condere non possint, ex XII. tabularum praescripto, sunt in *legitima* curatione agnatorum. §. 3. *I. de curator.* Hoc moribus deinde, & ipsa XII. tabularum lege, ad illos porrectum est, qui neque finem, neque tempus expensarum habent, sed bona sua dilacerant, dissipant & profundunt, & generaliter, qui *sanis moribus non utuntur.* *L. 1. pr. D. de curat furios.* VLP IANVS enim furiosis comparat prodigos, qui, quamvis ex sermonibus mentis suae compotes esse videantur, tamen sic tractant bona sua, ut nisi eis subueniatur, deducantur ad egestatem, & rerum suarum furiosum exitum facturi esse videantur. *L. 12. §. 2. D. de tutor. & curat. dat.* Sed hos quidem, qui ex *morbo* furere coeperunt, cum non intelligant, quid de ipsis fiat, etiam a filiis regi posse, non dubitatur. *L. 1. §. 1. D. de curat. furiosor. L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* CELSVS & FABIANVS apud SENECA M, qui resistunt filiis, ne patri curatores dentur, tamen concedunt, ut pater, qui ex *morbo* furere coeperit, a filio sanetur ^{a)}. Hoc pietatis officium etiam matri furiosae a filio deberi, VLP IANVS *L. 4. D. de curat. furios.* observavit. IVS F I N I A NVS hanc curationem parentis furiosi non potestatem, sed *obsequium & diligentiam* appellat, & ita necessariam esse iudicat, ut, qui *parentes furiosos* neglexerint, ab his resipiscantibus exheredari possint. Immo vero, si admoniti ab extraneis, curam parentum dimiserunt, illamque aliis, misericordia ductis, reliquerunt, placuit, filios tanquam indignos hereditate excludi, eamque ad illos transferri, qui curam furiosi susceperunt. *Nov. 115. c. 3. §. 12.* Haec igitur curatio non solum *legitima*, sed etiam *necessaria* videtur, cum *iactura hereditatis* puniantur, qui parentes furiosos neglexerunt. Nolo te morari in negotio, quod alii trecenti tractauerunt. Hoc unum meretur observari, vix posse filium diu, nisi curator constitutus sit, in

2) HOR. Carm. Lib. I. Od. 31. v. 17.

a) SEN. Lib. II. Controv. XI. in diuis.

in rebus parentis & rei familiaris administratione, sine incommodo versari. Neque enim illa, quae speciale mandatum desiderant, suscipere audebit, cum in iudicio non facile admittatur pro furioso, quamuis cauere velit, patrem furiosum rem ratam habiturum esse. Certe non expectari potest, ut rem ratam habeat pater furiosus, qui non intelligit, quid fiat, & omnia ignorat. Hinc recepta est regula, neminem, ne filium quidem, cum *cautione de rato* pro furioso interuenire posse, sed huic curatorem dandum esse a praetore. *L. 2. §. 1. D. de procur. & defens.* Acquirere tamen patri furioso eiusque bona amplificare poterit filius, propter *unitatem personarum*, cum patria potestas non finiat morbo patris furiosi. *L. 25. C. de nupt.* *VLPIANVS* enim docuit, *furorem* parentum non obesse *patriae potestati*, cum *reliquiae* quaedam *voluntatis*, in patre furioso remanere videantur. *L. 8. pr. D. de his qui sui vel alien. iur.*

Sed *VARRO* quidem & Praetor, ut diximus, non substituerunt in furore, qui ex morbo conceptus est, sed illum, qui moribus sanis non utitur, furioso compararunt. *VARRO* ait, non minus ac furiosum ad *agnatos & gentiles* remittendum esse eum, qui sumptus atque impensas fecerit, cum videat fructus pro impensa ac labore non redituros esse ^{b)}, hoc est, qui temere opes profuderit & furiosum rerum suarum exitum facturum esse videatur. His quidem Praetor, ex moribus populi romani, & ex XII. tabularum lege, propter *nequitiam* interdicebat bonis & curatorem dabat hac formula: Quando tua bona paterna auitaque *nequitia tua* disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re, commercioque interdico ^{c)}. Hi igitur *interdicti* appellantur propter morum insaniam, quibus *VLPIANVS* etiam filium curatorem dari posse iudicauit. *L. 1. §. 1. D. de curator. furios.* *L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat.* Sed, quis non videt, durum esse, & irreuerenter factum videri, si patri a filio insani mores & *nequitia* obiiciantur? Itaque obseruandum est, quosdam etiam sine nequitia, fragilitate quadam & remissione animi delirare, resque suas profundere, simplicitate sua & aliorum nequitia *deceptos*, quos *dementes* & mente *captos* appellamus. Igitur filius, qui patri prodigo & negligenti vult curator dari, non iam *nequitiam* patris, quam potius dementiam & remissionem animi, propter quam pater rebus suis superesse nequeat, praetori indicabit. *FABIVS QVINCTILIANVS* tractauit eiusmodi speciem, in qua filius curationem bonorum petit propter patris *dementiam* & profusam liberalitatem. Ait autem *FABIVS*, multa quidem patri *grauia* obiicienda esse in hoc argumento, sed suadet filio, ut doleat eius valetudine, & ostendat, miserrimam esse hanc

^{b)} *VARRO* de re rustica Lib. I. c. 2. § 8.
tit. 4. §. 7.

Fasc. XI.

^{c)} *PAVLLVS* recept. sentent. Lib. III.

hanc eius necessitatem, nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam vere dicere appareat ^{d)}.

Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari. Quapropter LABEO praecipit apud VLPIANUM, actionem *verbis in factum* temperandam esse, ut bonae fidei mentio fiat, ne *dolus malus* ac *nequitia* patri facile obiiciatur. *L. 11. §. 1. D. de dolo malo.* Sed verbis temperabit actionem, si *nequitiam* tegat & emolliat humanitate orationis & significatione tristissimi doloris. CAROLVS IV. in Aurea Bulla praeter furorem notauit *famosos & notabiles defectus*, propter quos non debeat aliquis hominibus praeesse, quibus verbis credo ab Imperatore *dementiam* & *morum insaniam* attingi ^{e)}.

Nihil igitur arroganter & superbe fieri debet a filio, qui patris curam suscipere & cauere vult, ne quid res familiaris capiat detrimenti. Mitissimam potius causam debet eligere, propter quam patri curatorem petat. Ita minori furioso, ANTONINVS imperator, potius ut minori, quam ut furioso aut dementi voluit curatorem dari, ut famae & honori hominis iuuenis parcat. *L. 3. §. 1. D. de tutelis.* Filio certe non debet plus licere, quam quod ipsa necessitas postulat, ne pietatis legem deseruisse videatur.

Ceterum bene sperat praetor de filio patris prodigi & interdicti. Hunc enim facilius a filio regi posse arbitratur, qui patris etiam dementis iram & indignationem affectu & sermone familiari, blanditiis & obsequio facilius, quam extraneus mitigaturus esse videatur, ne illa calamitas intolerabilis parenti fiat. Ita PAPINIANVS maritum *sermone maritali* facilius uxoris offensam & iniuriam placare posse iudicauit. *L. 3. D. si quis aliquem testari prohib. f)*

Hoc vnum tamen desiderat praetor in filio, ut probus sit & sobrie viuat, cum velit se patri curatorem dari. *L. 1. §. 1. D. de curat. furios. & L. 12. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* Timetur enim in filio paternae luxuriae & improbitatis hereditariae exemplum. *L. 5. §. 1. C. ad L. Iul. Maiest.* Magna igitur praetoris prouidentia opus est, ne filium luxuriosum patri luxurioso curatorem praeficiat, neue totam rem familiarem in summum discrimen ac periculum adducat. SENECA habet *luxuriosum patrem* cum *filio luxurioso* litigantem, inter quos poterat conuenire, quia similes erant, & pater filium & filius patrem volebat imitari ^{g)}. Hi igitur si *communi consilio* rem familiarem dissipent & consumant, apparet, utrosque ad extremam perniciem peruenturos esse. Quapropter multum arbitrio praetoris relinquendum est, ut curatorem probum praeficiat parenti.

Disce-

^{d)} QVINCT. Inst. Orat. Lib. II. c. 1.

Præsidis disp. de priuilegio corporis integri proceri & robusti §. 5.

Præsidis disp. de sermone maritali.

^{e)} Aurea Bulla c. 25. §. 3. vid.

^{f)} vid.

^{g)} SENECA Lib. II. Controu. 14.

Discedam ab hoc loco, si adiecero, arbitrium de prodigalitate & morum infania, imprimis si talia honestioribus personis & opulentioribus obii-
 ciantur, magis ad principem, quam ad magistratum municipalem pertinere. Placuit enim, Magistratus quidem de his rebus cognoscere, prodigos pro
 dignitate personarum modeste obiurgare; sed, si nihil proficiant, de his
 causis ad optimum *principem* referri iussi sunt: Daß sie dergleichen Perso-
 nen vor sich erfordern, und sie von dem liederlichen und verschwenderischen
 Leben ernstlich und nachdrücklich, jedoch nach Beschaffenheit derer Personen
 mit gehöriger Bescheidenheit, abmahnen, und daferne sie keine Besserung von
 sich spüren lassen, unserer Landes-Regierung, mit Anführung und Vorstellung
 derer hierüber erlangten sicheren Nachrichten und Umstände ihren pflicht-
 mäßigen Bericht erstatten sollen *b*).

§. VIII.

Habebit igitur pater filium curatorem, si vel ipse eum elegerit, vel *Filio curato-*
 magistratus illum dederit dementi aut prodigo parenti. Superest, ut dis-
 quiramus, quis sit exitus illius curationis, & quid a filio patris curatore *ri necessitas*
 exigatur. MARCVS TVLLIVS hanc praecipuam *tutela* & *procuracionis* *reddenda-*
 legem esse iudicat, ut ea ad utilitatem istorum, qui commissi sunt, minus *rum ratio-*
 vero ad illorum, quibus commissa est, geratur *i*). CLAVDIVS certe *dum remitti*
 TRYPHONIVS apud SCAEVOLAM non patitur, tutores *lucrum facere* *poteß, quam-*
 ex tutela & curatione. *L. 58. pr. D. de adm. & per. tut.* Quam-
 vis enim filius, si a patris hereditate abstinuit, aes alienum a patre contra-
 ctum soluere inuitus non cogatur, *L. 2. C. ne filius pro patre.* tamen cre-
 ditoribus patris tenebitur, si quid lucri retinuerit ex cura rerum paterna-
 rum. *Longobardorum* legibus filius, qui a patris creditoribus convenitur,
 debet iurare, quod nihil *retinuerit* ex patrimonio paterno *k*). Luculenter
 MODESTINVS praecipit, curatores semper teneri, si quid *dolo* fecerint,
 aut si quid retinuerint ex munere curationis, etiamsi dominus, qui in cura
 illorum fuit, illis remiserit necessitatem reddendarum rationum. *L. 20. ff. 1.*
D. de liberat. legat. L. 28. ff. 9. eod. SCAEVOLA omnes procuratores,
 licet a patre aut propinquis constituti sint, conveniri posse, ait, si quid non
 ex bona fide, sed fraudulenter gessisse videantur. *L. 60. ff. 4. D. Mandati.*
 Igitur, si nihil *lucri* retineri debet, expediendum est, an filius curator sem-
 per *rationes reddere* debeat, si patris bona & fortunas ut curator legitimus
 administrauit. Generaliter quidem VLPIANVS ad officium tutoris pertinere

S 2

cre-

b) Mand. wider das Aufborgen junger Leute, §. 7. de dato Warschau den 21. April.
 anno 1724. in Beylagen der Erl. Proceßordnung p. 195. *i*) CICERO de
 officiis Lib. I. c. 25. *k*) L. Longobard. Lib. II. Tit. 20. 21. apud Linden-
 brog. in Cod. LL. antiq. p. 616. It. Const. Sicul. Lib. I. Tit. 54. p. 731.

credit, ut *rationes actus sui* conficiat, cum, si hoc omiserit, iudicio tutelae teneatur. *L. 1. §. 3. D. de tut. & rat. distrab.* Sed in filii administratione, videtur discrimen aliquod admittendum esse. Multum enim interest, utrum filius ab ipso *patre sene*, & mentis compote electus, an a *magistratu* constitutus sit curator. Senes quidem, qui filiis bonorum curationem committunt, ut supra diximus, plerumque venditionis colore, aut locationis titulo utuntur, & contenti sunt *pensione annua* promissa, aut si *fructus reservati* cum pretio venditionis constituto a filio praestentur. In his igitur speciebus, cum filius non secus atque emtor aut conductor bona administret, *rationes* ab illo exigere non possunt. *Coheredes* etiam filii conqueri non possunt, quamvis *uno nummo* facta sit conductio, aut venditio, cum pater etiam donare possit filio partem patrimonii, & prohibere, ne donata ab ipso conferantur. *L. 46. D. Locat. conduct. L. 38. D. de contrah. emt. & vend. L. 66. D. de iure dot.* Hoc enim solum inter liberos requiritur, ne unus coheredibus suis ita praeferatur, ut ceterorum *legitimae portioni* aliquid per fraudem detrahatur. *Const. Elect. Sax. 12. P. 2.* Filius igitur evitabit difficultatem *rationum reddendarum*, si pater tantum *ali* velit cum sua familia ex fructibus bonorum, quae filio administranda commendavit. Certe, si nihil inter vivos de ea re actum fuit, pater testamento filium curatorem necessitate illa liberare & praecipere potest, ne *rationes* ab illo exigantur. *L. 31. §. 2. & 4. D. de liberat. legat.* Immo vero, si modicum sit praedium, cuius fructus facile a familia consumi possint, capi potest coniectura, quod pater noluerit filium scrupulosa difficultate *rationum reddendarum* onerare ¹⁾.

Res magis impedita est, si *magistratus* patri prodigo aut dementi *curatorem* dederit, ne res parentis consumantur. *L. 1. pr. D. de curat. furios. L. 12. §. 1. D. de tut. & cur. dat.* D. enim *fratres* rescripserunt, filio tunc demum permittendam curationem patris, si *probus* sit & *sobrie* res administret. *dict. L. 12. §. 1. D. de tut. & curat. dat. L. 1. §. 1. D. de cur. furios.* Sed de vita sobria & probitate filii vix constare potest magistratui, nisi *rationes* annuae cum inventario exhibeantur. Ipse pater, qui filiorum, quos emancipavit, impuberum tutelam legitimam suscepit, *rationes* reddere iubetur, nisi filius illi postea remiserit hanc necessitatem. *L. 28. §. 3. D. de liberat. legat.* Neque *mater*, quae tutelam gessit, ad secundas nuptias festinare potest, nisi antea *rationes* reddiderit administrationis suae. *L. 2. C. quando mulier.* Multo minus igitur filio parceret praetor, cui *parentis curatio* delata est a magistratu. *Saxones* quidem *legitimum curatorem*, & proximum heredem, liberalius tractandum esse censuerunt. Hic enim liberatus est necessitate *rationum reddendarum*, si dominum pro modo facultatum *aluerit*, ex fructibus bonorum: Wo aber der Vormund auch zugleich

¹⁾ vid. Praesid. disp. de tutore aneclogisto §. 3. sequ.

gleich der Erbe ist, da darf er niemanden des Kindes Guth berechnen, noch Bürgen setzen. 1. Ldr. Art. 23. ^{m)} Igitur hoc iure *filius unicus*, cui patris curatio permilla est, *rationes* reddere non cogetur. Sed si *coheredes* habeat, quorum interest, bona paterna & auita conseruari, vtili tutelae, vel negotiorum gestorum, vel familiae eriscundae iudicio, compelli potest, vt *rationes curationis* coheredibus exhibeantur: Wer aber des Kindes Erbe ist, dem soll des Kindes Vormund von Jahren zu Jahren des Kindes Guth berechnen und ihm erweisen, daß er es wider Pflicht nicht verthue, bis das Kind zu seinen Jahren kommen ist. 1. Ldr. Art. 23.

Iure imperii curatores, nullo discrimine constituto, singulis annis non solum post *interpellationem*, rationes reddere, sed etiam *sponte* illas offerre debent: Sie sollen jährlich nicht allein auf Erfordern der Obrigkeit, sondern auch selbst, wegen ihres anbefohlenen Amtes, um ihre Verwaltung, Rede und Antwort geben. *Reform. Polit. de anno 1577. Tit. 32. §. 3.* Hoc etiam Serenissimo Legislatore Saxoniae placuit, *Const. Elect. Sax. XI. P. II.* daß alle Vormünder, ohne Unterschied, jährlich ihrer Verwaltung halber, Rede und Antwort geben, auch gebührliche Rechnung thun sollen ⁿ⁾. Certe nec matri nec auiae permillum, vt fructus cum alimentis annuis compensent, sed vtraeque rationes reddere iubentur. *Dec. Elect. Sax. 62.* Praeterea sapienter constitutum est, vt rationes *propinquis & heredibus* singulis annis expungendae, a tutoribus exhibeantur: Daß die Obrigkeit von allen Tutoren ohne Unterschied die Rechnungen abfordern, dieselben denen nächsten Freunden übergeben, und von ihnen justificiren lassen solle. *Resol. Grau. de anno 1612. Tit. 2. von Instit. Sachen. §. 6.* Hodie igitur, onus reddendarum rationum, frustra detrectabit filius, quem magistratus dedit patri curatorem. Alio enim modo intelligi non potest, vtrum *sobrie* viuat, an patrimonium cum damno coheredum dissipet & corrumpat. Quia tamen in parente etiam prodigo & furioso, quasdam *voluntatis reliquias* manere arbitramur, *L. 8. pr. in fin. D. de his qui sui vel alien. iur.* merito magistratus, communi voto omnium parentum, hoc dare debet, ne nimis *scrupulose* rationes a filio quotannis exigantur. Sapienter Imperatores THEODOSIUS & VALENTINIANUS obseruarunt, *durum & inhumanum* esse, si rationes rei familiaris, patre superstitie, protrahantur in apricam lucem, atque ita vel *paupertas* eius detegatur, vel diuitiae, quas viri boni occultare malunt, inuidiae aduersariorum exponantur. *L. 2. C. Quando & quibus quarta deb.* Hac de causa ALEXANDER permisit tutori, vt pupillo alimenta, arbitrio

^{m)} vid. IO. PETR. a LVDEWIG libellum de different. Iur. Rom. & German. in fructuum attribut. inprimis tutelae fruct. p. 6. Item in comment. ad Auream Bullam P. 2. p. 962. Heineccii Elementa Iur. Germ. Lib. I. Tit. 15. p. 348. legu.

ⁿ⁾ vid. DE BERGER Oecon. Iur. Lib. III, tit. 5. §. 2. not. 1. p. 711.

trio tutoris innocentis, sine interuentu iudicis, praestentur, ne *secreta patrimonii* pandantur cum damno & iniuria pupilli. *L. 2. C. de aliment. pupill. praestand.* ^{o)} CAROLVS V. ne quidem *furta domestica*, a proximo herede facta, nemine accusante, *ex officio* a magistratibus inuestigari aut puniri voluit, ne arcanae rationes familiae contra parentis votum extraneis prodantur. *Ord. Crim. Carol. Art. CLXV.* So einer etwas nimmt von G^ütern, deren er ein nächster Erbe ist, soll der Richter in diesen Fällen und Amts wegen nicht klagen oder strafen. Multo magis igitur parceretur filio innocenti & bono viro, qui sine suspicione delicti res domesticas administrauit.

§. IX.

De patre facultatibus lapso.

Egimus de quibusdam *pietatis* officiis, quae parenti a filio cum *gemitu* praestantur. Sed non minus *flebile* est illud, quod patres, *lapsi bonis & facultatibus*, a filio expectant. *L. 7. C. de cessione bonor.* Qui enim desiderunt soluendo esse, ideoque, orto *concurso creditorum*, *miserabili* beneficio *cessionis bonorum* vsi sunt, his necessitatibus interdum a filio succurri volunt, ne caussa desperata ab extraneis negligentius & remissius curetur. *L. 8. C. de cessione bonor.* Neque dubito, quin *filio* debitoris *cura litis* a iudice deferri possit, vt, praestito prius solenni iureiurando, creditoribus parentis respondeat, & patrem debitorem, oppositis exceptionibus, defendat. Cum enim ipse debitor, aut eius procurator mandato debitoris, cum creditoribus, praestito iureiurando, litigare possit; nihil impedimento est, quo minus filius debitoris *curator litis* a magistratu dari queat. Erl. Proc. Ordn. *Tit. 41. §. 4.* Filio enim, occultae rei familiaris rationes magis, quam extraneo perspectae sunt, vt res perturbata commodius ab eo expediri posse videatur.

Sed plus difficultatis obiicitur, si filius debitoris etiam ad *curationem bonorum*, pendente concurso, a iudice admitti velit. Placuit enim, ipsum debitorem, orto concurso, ab omni bonorum administratione prorsus excludi, illamque aliis, quorum fides iureiurando creditoribus obstricta sit, mandari. Erl. Proc. Ordn. *Tit. 41. §. 1.* Der Schuldner soll von aller Concurrenz der Administration gänzlich ausgeschlossen seyn. Dispiciendum est igitur, ne fraus fiat creditoribus, si administratio bonorum, filio debitoris, quasi *curatori bonorum*, relinquatur. Tota haec res, arbitrio boni viri regitur, qui ex his, quae circumstant, aestimabit, quid vtilissimum esse videatur. Certe, si filius emancipatus sit locuples, aut idonee caueat, nonnunquam tutius ipsi curatio bonorum committeretur. Ipsius enim filii maxime interest, vt studeat ex illo naufragio aliquid seruare, ne ipse filius, bonis dissipatis, & creditoribus delusis, contagione calamitatis paternae & domesticae

^{o)} vid. Leipz. Vormundschafts Ordn. §. 31.

sticæ contaminetur. Forte etiam expensis & sumtibus, qui in *sequestrem* fiunt, facilius parcetur, si filium sequestrem eligamus. Si tamen filius ipse sit creditor, vel debitor parentis, diligentius cauendum est, ne suam potius utilitatem filius procuret, quam communem causam creditorum. Mercatoribus vero, orto concursu, non prorsus omnis negotiatio interdicatur, sed institores, quibus vsi sunt, aut alii viri idonei illis adiungi possunt, sine quorum consilio & consensu nullum negotium ab ipsis contrahatur. Hac de causa, nec *filius* mercatoris, qui patris institor fuit, videtur excludendus esse p).

§. X.

Venio ad *captiuos*, quibus non solum bonorum suorum administratio *De patre captiuo & absente.* adempta, sed qui etiam *vinculis* tenentur, & libere spiritum ducere non possunt. In tam tristi casu inprimis eminere debet filiorum pietas, ne captiuos parentes deserant, quorum conditio ipsa morte & omnibus suppliciis durior videtur. Hoc officium IUSTINIANVS maxima seueritate liberis inculcandum esse censuit, ideoque iacturam hereditatis paternae illos pati voluit, qui parentibus captiuis succurrere detrectent. Haec curatio, cum tristis & rarissimi exempli esset, postulauit *formam singularem*, quae a *curae communis* regulis discedit. Filio enim permittitur plenissima potestas, vt res paternas, sine *decreto magistratus*, & sine speciali mandato & pignoris iure obligare, & quaecunque negotia contrahere possit, pecuniae corradendae causa, qua pater captiuus redimatur. *Nouell. 115. c. 3. §. 13. in fin.*

Captiuis proximi sunt *absentes*, qui bona sua, nullo procuratore constituto, sine custodibus dereliquerunt. Hi quidem, vel a barbaris capti, vel peregre mortui, censentur: cum nemo liber & viuus tam negligenter res suas habeat, vt ne quidem per epistolam, ad quem *bona sua* peruenerint, sciscitetur. Suspiciamus igitur illud, quod AENEAE, PALINURI mortem cogitanti, in mentem venit q):

nudus in ignota, Palinure, iacebis arena.

Quae suspicio cum incerta sit, & nos decipere interdum possit, expectamus tempus, quo absens annum septuagesimum exegerit, vt coniectura, quam de morte absentis facimus, temporis lapsu confirmetur. Quia tamen *probabilis* haec est coniectura, interim *proximis heredibus*, praestita cautione, *curatio bonorum*, moribus plerorumque locorum committi solet, qui hereditatem, quasi ad se *pertinentem*, aut ad se certe *peruenturam*, occupant & administrant. *Rationes* etiam *reddere* tantisper non coguntur, & cautione liberantur, anno septuagesimo, postquam absens natus est, exacto.

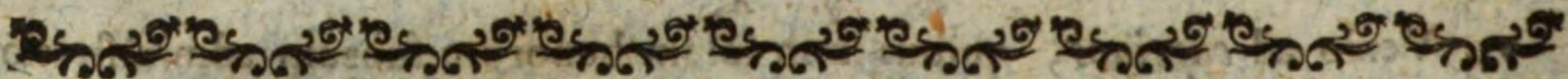
Ex

p) Mandat wider die Banqueroutiers §. 5. de dato Dresden am 7 Jan. Anno 1724.

q) VIRG. Lib. V. Aeneid. v. 871.

Ex his intelligetur, patris absentis curationem, filio eius, tanquam *proximo heredi*, quamvis *impubes* aut *minor* sit, a iudice merito deferri, ut bona ab ipso potius, quam extraneo, aut certe per curatorem filio adiunctum, nomine filii administrantur. Sed de hac absentium cura plures diligentius exposuerunt *r*).

r) BENED. CARPZOVII Iurisprud. forens. Rom. Saxon. P. III. Const. 15. def. 48. sequ. *Io. Schilteri* Praxis Iur. Rom. in foro Germ. Exerc. 15. Lib. V. tit. 4. § 71. sequ. *Georg. Beyeri* Specimen Iur. Germ. Lib. I. c. 27. §. 44. sequ. Praesid. disp. quando curator absentis heredes aequae propinquos a successione excludat.



CIII.

O B S E R V A T I O N E S

D E

FRUCTIBVS PRATORVM

ANTE TEMPVS PASCENDI PERCEPTIS.

Von der Wiesen-Nutzung zu geschlossenen Zeiten.

AD LEGEM XXXI. D. DE VERBORVM SIGNIFICATIONE.

VITEMBERGAE, DIE OCTOBRIS CXCICCLIV.

Lex XXXI. D. de verborum significatione.

VLP IANVS Lib. XVIII. ad Edictum.

Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est: ex eo dictum, quod *paratum* sit ad fructum capiendum.

§. I.

Pratorum fructus naturales sunt, hinc non pertinent ad heredes fructuarii, nisi ab MARCVS PORCIVS CATO, in libro, quem de re rustica confecit, agro, ait, ut homini, quamvis quaestuosus sit, si etiam sumptuosus fuerit, parum relinqui *a*). Veteres enim rustici fructus *inutiles* putabant, qui magno *sumtu* & labore quaerendi essent; cum, si impendium cum

a) CATO de re rust. cap. I. §. 6.

cum reditu contuleris, frustra laborem consumpsisse videaris. Hac de causa ^{ipso percepti} idem CATO, agrum riguum, seu *pratum*, inter nouem genera agrorum, ^{sint; cultu-} praecipuo loco habendum esse, docet, quia fructum edit sine magno impen- ^{ram tamen} dio & incommodo coloni ^{aliquam de-} ^{fiderant.} VARRO certe inter agros dat *primatum pratis*, ideoque *prata* quasi *parata* ab antiquis appellata esse obseruauit ^c). Plerique veterum vno ore pratorum nomen deduxerunt a *paratis*, quod *pratum* protinus *paratum* sit & minimo labore conseruetur ^d). Cum enim alii terrae fructus multum *instrumenti* desiderant & magna industria *paren-* *tur*; idem VARRO alio loco, *prata*, dixit, sine labore, *parata* esse, quia natura in illis sponte fructus procreat, quamuis nulla humana ope prouocentur ^e). Hinc *pratis* opponuntur *rura*, in quibus quotannis *rursus* idem opus faciendum est, ut *rursus* fructum capiamus ^f). ISIDORVS omnibus Romanis hoc placuisse tradit, quod *prata* quasi *parata* appellen- tur, quia falce secari possunt, sine magno labore culturae & sine magno incommodo impensae ^g). His obsecutus est VLPIANVS noster, qui L. 13. *D. de verb. signif.* *pratum* esse ait, in quo, ad fructum percipiendum, *falce* duntaxat *opus est*: ex eo dictum, quod *paratum* sit ad fructum capiendum.

Credebam, hoc ad ineptias Stoicorum pertinere, qui in vocum origi- nibus inuestigandis, mirifice delirauerunt, & rerum naturam ex fortuitis & exiguis elementis vocabulorum explicarunt. Igitur mirabar, Stoicos philosophi sui mentum & barbam non pariter *pratum* appellasse, quia & mentum paratum est ad barbam detondendam, & quia nouacula opus est, ut barba commode detondeatur.

Sed vincimur omnium consensu, qui *prata* quasi *parata* dici censuerunt. SCIPIO GENTILIS ^b) in libro originum ad Pandectas opportune mo- nuit, Romanos agrum pascuum non solum *pratum*, sed etiam *paratum* ap- pellasse, illudque approbavit ex loco aliquo CATVLLI ⁱ), in quo flos *parati* moriturus, ense aratri tactus esse dicitur.

Pra-

- ^b) COLVMBELLA de re rust. Lib. II. cap. 2. §. 6. ^c) VARRO de re rust. Lib. I. cap. 7. §. 10. *Plin. Hist. nat. Lib. XVIII. c. 5.* ^d) COLVMBELLA de re rust. Lib. II. c. 17. §. 2. ^e) VARRO de ling. lat. Lib. IV. ex edit. Iansson. p. 11. ^f) VARRO loc. cit. ^g) ISIDORVS orig. Lib. XV. c. 13. voce: *pratum*. ^h) SCIPIO GENTILIS in libro ad Pandectas sub voce: *pratum*, in Thes. Otton. Tom. IV. p. 1395. ⁱ) CATVLL. Epigr. XI. ad Furium & Aurelium v. 22.

Qui illius culpa cecidit, velut parati (prati)

Vltimi flos moriturus

Ipsa lex carminis & metri trisyllabam vocem desiderat. Quare apparet, *parati*, non *prati*, legendum esse.

Pratum igitur veteres, quasi ad fructum sine magna industria culturae a *natura paratum*, dici voluerunt. Sed haec utcumque existimata fuerint, non in magno discrimine ponemus. Hoc tamen expeditum est, *pratorum genus* agris aliis praeferrī, quod *in pratis*, sine magno impendio aut incommodo culturae, fructus enascantur. Meretur enim observari, hac de causa inprimis *arua*, in tabulis censualibus, a *pratis* disiuncta esse, quia *arua* conferantur fructibus, in *pratis* fructus sponte proveniant, nulla arte prouocati. *Ulpianus* auctor est, in forma censuali *aruum* dici, quod in decem annos proximos *satum* sit, sed *pratum*, quod *sectum* sit inter decem annos proximos, absque alia impensa aut cultura. *L. 4. pr. D. de cens.* *Colvella* etiam describit campum in *arua* & *prata* pariter digestum, cum hae species agrorum toto genere diuersae esse videantur ^k). *Isidorus* habet quatuor genera agrorum, *florentes agros*, quales sunt *horti*, *sationales*, id est *arua*, aut *consitos*, in quibus arbores serantur, aut *pascuos*, qui herbis tantum & animalibus vacent ^l). *Isidorus* forte cogitauit verba *Plauti*, qui *aruum* commemorat, in quo fieri possit aratuncula, eique opponit *agrum pascuum* pluribus communem:

non aruus hic, sed pascuus est ager m).

Vides *pascua* & *prata*, quae sponte fructum ferunt, *aruis* seu *agris sationalibus* praeferrī, cum in his tunc demum, si sementem feceris, messem expectare possis.

Hoc adduxit magistros artis nostrae, ut fructus *pratorum* speciatim *naturales* appellarent, quos *natura* sponte, sine magna diligentia humana, educare solet, illosque seiuingerent ab *industrialibus*, quos magna cura & labore ex terra elicere debemus. *Iulianus* quidem nihil discriminis admittit, ideoque omnes fructus non iure seminis, sed iure soli a domino acquiri arbitratur. *L. 25. pr. D. de usur. & fruct.* *Saxones* autem, *naturales* fructus partem fundi esse, atque ad dominum soli pertinere, non vero ad vasalli aut usufructuarii heredes, nisi fructuarius viuis illos perceperit, transferri posse censuerunt. Contra, *messis aruorum* & fructus, qui *industriam* sationis & culturae postulauit, post *laborem culturae* consummatum, ipso iure ad vasallum aut fructuarium & illorum heredes referuntur. Die Früchte aber, so naturales genennt werden, bleiben denen Lehnsfolgern und Grundherrs, und nicht denen Erben, *P. III. Const. El. Sax. XXXII.* & paulo ante: Was die Eigde bestrichen hat und unterbracht ist, bey leben des Verstorbenen, solches, weil es des Verstorbenen erworbenes Gut, auch bey seinem leben beschickt worden, folget und bleibet denen Erben, und nicht des

^k) *COLVMELL.* de re rust. Lib. I. cap. 2. §. 4.

^l) *ISIDORVS* orig. Lib. XV.

cap. 13. voce: *aruum*.

^m) *PLAUTVS* in *Truculento* Act. 1. Scen. 2. v. 47.

benen sehnfolgern. *dict. Const. Elect. Sax. XXXII.* Haec res summam rationem habet. Qui enim laborem sementis fecerit, merito fructu messis recreatur, ne diligentes agricolas poeniteat sementis suae. Quae vero *natura* in pratis progenerat, non pro praemio laboris, sed pro *naturae beneficio* habentur, & his relinquenda sunt, qui illos percipiunt, & qui fundum illum possident, in quo hi fructus enascuntur.

Itaque *pratorum* fructus *Saxonibus* videntur *naturales esse*, qui sola *perceptione*, postquam a fundo separati sunt, a fructuario & vasallo acquiri possunt. *Fructus* vero *industriales* & messes aruorum, ipso seminis & sationis iure, ad illum, qui laborem & industriam agris conferendis commodauit, pertinere iudicantur.

Ceterum, si vere res aestimanda est, ne *fructus* quidem *pratorum* recte semper proueniunt, sine cultura & opera humana, ideoque *industriales* interdum appellari possunt. *PALLADIUS* docuit, si in praedio non sit ager pascuus, pratum nouellum magna *cura & industria parandum esse*, ut herbae feliciter succrescant. Extirpandum enim esse locum, ait, & liberandum impedimentis omnibus, herbis latioribus & virgultis ⁿ). Etiam benigna prata nonnunquam mense Augusto *vrenda* sunt, ut & aliorum fructuum festinatio reprimatur ad stirpes, & incensis aridis noua laetius succedant ^o). Immo vero, nonnunquam *riganda* sunt prata, si macies soli hoc postulet, quamuis *COLVMELLA*, foenum, quod suapte natura in solo succoso gignitur, laetius esse iudicet, quam quod irrigatum elicitur ex pratis ^p). *CATO* etiam prata *stercorari* & primo *vere purgari* docet, ut herbae malae radicitus effodiantur ^q). Stercus columbinum inprimis spargi iubet, ut foenum melius exsurgat ^r). Praeterea *PLINIUS SECVNDVS* & *PALLADIUS*, interdum semina *foeni*, inprimis graeci, in pratis *disserenda* esse, praecipunt, & cinerem ingerendum, ut muscus enecetur ^s). Taceo aggeres, quibus *prata* contra vim fluminis munienda sunt, & fossas atque aquae ductus, quibus humorem *inutilem* ex pratis deriuamus.

Ex his intelligetur, colono, qui labori & *industriae* pepercerit, *pratorum* etiam prouentum non semper respondere. Sed quia tamen plus *naturae* in pratis, quam *industriae* debetur, pratorum fructus solemus speciatim *naturales* appellare, qui ad fundi dominum pertinent, & a fructuario sola perceptione, postquam a solo separati sunt, acquiri atque ad heredes transmitti possunt.

T 2

Non-

ⁿ) *PALLADIUS* de re rust. Lib. X. Tit. X. §. 2. mens. Septembrl.

Lib. I. Tit. I. §. 4. mens. August.

^o) Id.

cap. 17. §. 3.

^p) *COLVMELLA* de re rust. Lib. II.

^r) id. cap. 36.

^q) *CATO* de re rustica cap. 50.

^s) *PLINII* hist. nat. Lib. XVIII. cap. 28.

Palladius de re rustica Lib. X. Tit. X. §. 3.

Nonnunquam prata etiam *pascua* dicuntur, *L. 1. 2. & 3. C. de pascuis publ. & priu.* Sed pascuorum nomen latius porrigitur, ut etiam *sal-tus pascuos* comprehendat. *dict. L. 1. C. eod.*

GAIVS commemorat syluam *pascuam*, quae pastui pecudum destinata est, *L. 30. §. 5. D. de verb. sign.* cum greges pecudum non solum in pra-tis, sed etiam in syluis, aut montibus, aut collibus *e)*, pascantur. PLI-NIVS SECVNDVS observat, omnia loca, ex quibus populus romanus re-ditum habuerit, *pascua* appellata esse, quia diu hoc solum vectigal fuerit, quod pro pastu pecorum in locis pascuis exsoluebatur *u)*: de qua re dein-ceps exponemus.

§. II.

Magna pars
pretii fundo-
rum pratis
& pascuis
continetur.
Emanant &
conducuntur
pascua in pri-
mis publica,
quorum ma-
gnus fauor.

Habes *prata & pascua*, quae, quamvis *industriam* aliquam deside-
rent *x)*, plerumque tamen *spon-te* fructus ferunt, cum liberaliter fructus
a natura procreentur. Ne credas, *naturalem* illam & fortuitam commodi-
tatem apud veteres exiguo in pretio fuisse. CATO enim interrogatus, quis
optimus sit *quaestus*, respondit, *optimum* esse, si *quis bene pascat*, proxi-
mum, si *mediocriter pascat* *y)*. Ideoque nervus rei rusticae *pastionibus*
inprimis videtur contineri. Villa certe, si VARRONEM audiamus, ibi
ponenda est, ubi *laxae* sunt *pastiones*, ut fructum praedii locupletissimum
percipiamus *z)*. Non attingam *viriditatem pratorum*, quam etiam MAR-
CVS TVLLIVS inter oblectamenta senectutis posuit, cum incredibilem
pariat iucunditatem *a)*. Hoc intellexit ille apud Poëtam, qui conse-
nescere voluit in praedio, in quo

Et gelidi fontes & mollia prata fuerunt

& nemus. Hic ipso tecum consumerer aeno *b)*.

Sedes etiam beatissimorum hominum, qui fatis suis feliciter defuncti sunt,
iucunditate *pratorum* commendantur:

*Nulli certa domus: lucis habitamus opacis,
riparumque toros & prata recentia rivis
incolimus* *c)*.

Credebantur enim haec etiam mortuis delectationi esse, quae vivis placuis-
sent. Hinc ipsas *pastiones* ne mortuis quidem molestas esse iudicabant:

— — — — quae cura nitentes
pascere equos, eadem sequitur tellure repostos *d)*.

HORA-

z) COLVMELLA Lib. I. cap. 2. §. 4.

u) PLINII Hist. nat. Lib. XVIII. c. 3.

x) COLVMELLA de re rust. in praef. Lib. I. §. 28.

y) PLINII Hist.

nat. Lib. XVIII. c. 5.

z) VARRO de re rust. Lib. I. c. 12. §. 1.

a) CI-

CERO de Senect. c. 16.

b) VIRG. Ecl. X. v. 42.

c) VIRG. Lib. VI.

Aeneid. v. 673. seqq.

d) VIRG. l. c. v. 655. seqq.

HORATIVVS FLACCVS, *feriarum* imprimis nonarum Decembrium, maximam celebritatem in *pratis* esse ait, si

*Festus in pratis vacat otioso
cum boue pagus e).*

Sed haec ad vsum iucunditatis, non ad quaestum, neque ad communem aliquam vtilitatem, referuntur. At vero vt antea diximus, etiam *quaestus* optimus ex *pratis* & *pascuis* speratur, quia haec minimo impendio coluntur. Eleganter VARRO docet, veteres rusticos diuissse *peculia*, & redditus fundorum, vt alii sererent, alii pecudes pascere, quibus duobus *peculiis* omnis praediorum redditus contineatur *f*). Hinc praeter agriculturam, necessariae erant *pastiones*, non solum *villaticae*, sed etiam *agrestes*, cum, propter stercorationis necessitatem, ne quidem ager, neglecta re pecuaria, recte coli posse videretur. Idem igitur VARRO, *pastiones agrestes*, quae rei pecuariae nomine comprehendebantur, rem nobilem esse, ait, quae imprimis *locupletet* & amplificet diuitias & opus rusticorum. Ipsa felicitas temporum & *pacis* commoditas hac formula significabatur:

Pascite vt ante boues pueri g).

HORATIVVS FLACCVS, hoc argumentum diuitiarum esse putat, si quis multa *pascua* possideat in regionibus diuersis, & pecudum greges ex Appulia in Samnium, & ex Calabriae pratis in pascua Lucaniae, pabulandi causa transmittat *b*), cum, si pastiones bene succederent, hoc labore rustico, plerique fructus vitae beatae & tranquillae ciuibus procurari possent.

Si igitur, quod COLVMELLA obseruauit, praedium carebat *pascuis* *i*), plerique *emiebant* aut *conducebant* prata, quae natura praedio subtraxerat *k*), ne necessariis rebus, cum magno incommodo, egerent. SCAEVOLA commemorat plures nuncipes, diuersa praedia possidentes, quibus pascua deessent. Hinc illos, ait, *saltum communem mercatos* esse, vt singulorum praediorum possessores, *iure compascendi*, in illo saltu virentur, & ius illud compascendi ad successores transmitterent. *L. 20. §. 1. D. si seru. uind.* Proponebatur itaque, si possessores, qui ius compascendi habuerant, praedia sua vendidissent, an etiam ius compascendi cum praedio vendidisse iudicentur. Sed respondit SCAEVOLA, nisi aliud actum sit, etiam
ius

e) HORAT. Lib. III. Carm. Od. 18. v. 11. §. 7.

g) VIRG. Ecl. 1. v. 46.

f) VARRO de re rust. Lib. III. c. 1. §. 7. b) HORAT. Epod. 1. v. 26.

pecusue Calabris — —

Lucana mutet pascuis.

i) COLVMELLA de re rust. Lib. VII. c. 1. §. 7. Lib. III. c. 1. §. 8.

k) VARRO de re rust.

ius compascendi cum praedio venditum censeretur, cum, sine pastionibus agrestibus, praedium emtori inutile futurum esse videatur. *dict. L. 20. §. 1. D. si seru. vind.*

Loca igitur pascua, si in praedio non essent, aliunde comparanda erant, tanquam *instrumenta fundi* quaedam *necessaria*, sine quibus possessio fundi nequit exerceri. *L. 12 pr. D. de instruct. & instrum. legat.* Haec talia *iureconsulti*, & veteres rustici, teste SCAEVOLA, PAPINIANO & COLUMELLA¹⁾, *doter* praediorum appellarunt, cum praedia sine his dotibus inutilia sint, ut virgines conditionem nubendi vix inveniunt, nisi dote vel data, vel promissa. *L. 2. §. 1. & L. 20. §. 1. de instruct. & instrum. legat.*

Emebantur ergo *prata*, si praedium locis pascuis carebat. Immo vero, si non inueniebatur opportunitas *emendi*, veteres *prata*, propter summam indigentiam, *mercede conducebant*. Haec res etiam a nostris rusticis frequentari solet. Inde familiaria vocabula: *Wiesen, Zins, Laß, Wiesen*, & similia, in foris nostris audiuntur. Tempestive autem PALLADIUS monuit, colonum litibus studere, qui agrum suum illis, qui proxime accollunt, *locauerit* pro *annua mercede* ^{m)}. Enim vero etiam nostri rustici experiuntur, ex *conductione* pratorum, materiam litium enasci, igitur solent, qui agrum confinem aliis locant, singulis annis aut certe biennio vel sexennio exacto, conductores mutare, vel mercedem augere, aut imminuere, ne *prata*, quasi iure *perpetuae locationis* aut *emphyteuseos*, pro annuo & uniformi canone, conductori concessa esse videantur. *Const. Elect. Sax. XL. Part. II.* Pastoribus tamen ecclesiarum hoc datum est, ut *prata ecclesiae* pro certo canone conducta, quamdiu munere suo funguntur, eodem iure retinere possint ⁿ⁾.

Ipsa necessitas igitur docuit agricolas, ut *conducerent* pascua, quae ipsi non haberent. Imperatores VALENTINIANVS, THEODOSIVS & ARCADIVS, cum intelligerent, rusticos, quibus loca pascua deessent, ad egestatem perducere, liberalissimi fuerunt, ideoque prohibendum esse iudicarunt, ne *pensiones*, quae a *conductoribus*, pro pascuis & saltibus privatis, solui debeant, inconsulto principe, augeantur, neque animalia agrorum a pastionibus necessariis & pratis, sine idonea causa, arceantur. *L. 1. C. de pasc. publ. & priu.* Praeterea placuit, dominos *pratorum* agri pascui causa a militibus non onerandos, neque incommodo afficiendos esse, *L. 2.*

1) COLUMELLA de re rust. Lib. III. cap. 3. §. 5. & 8. vid. Gerard. de Noode de usufructu Lib. I. c. 7. Oper. Tom. II. p. 408. ^{m)} PALLAD. de re rust. Lib. I. Tit. 6. §. 6. ⁿ⁾ Synodal- Decret de anno 1673. §. 76. in Cod. Aug. Tom. I. p. 837. und Kirchen-Ordn. ibid. p. 458.

L. 2. & 3. C. eod. ut appareat, fauore dignos censer, pratorum & agri pascui possessores.

Quia autem sine re pecuaria res rustica prorsus consumitur, a serenissimis Saxoniae legislatoribus constitutum est, etiam possessoribus aedicularum & inquilinis, qui agros & prata non haberent, a domino feudi subinde permitti posse, ut domi suae pascant aliquot pecudes, & prata, pro mercede solita, conducant: Denen Hausgenossen kan das Viehhalten nicht gan; und gar abgestrich werden o).

Vix est, cur attingam odium abigeorum, qui pecudes aut armenta ex pratis & pascuis subducunt, & rem hominibus maxime necessariam, nefario facinore perturbant. L. 1. §. 1. D. de abigeis. Magis attinet monere de crudeli veneficio, quo prata & agri pascui inficiuntur. Qui enim veneno prata corruerunt, si cuiquam nocitum fuerit, viui comburuntur. Cum ex eo scelere, non solum ad pecudes, sed etiam ad incolas regionis, contagio mali penetrare possit. Constit. Elect. Sax. XVIII. Part. IV.

Meretur hoc loco obseruari, agros publicos, eosque incultos, inprimis proximis colonis locatos esse, ne pastionibus carerent. CAIVS PLINIVS SECVNDVS admonuit, in tabulis censoriis omnia, ex quibus populus redditum aliquem haberet, pascua appellata esse, quia diu hoc solum vectigal fuerit populi romani p). Haec pascua loca, publicanis relinquebantur, qui omnia publica & vectigalia a censoribus conducere solebant. L. 1. §. 1. D. de public. & vectigal. q). Etiam MARCVS TVLLIVS commemorat syluam uenditam, quae in censorum pascuis, hoc est, in indice locorum publicorum, quae a censoribus locabantur, non inueniretur r). Denique VARRO noster tradit, greges ouium ex Appulia in Samnium abigi aestiuatum. Sed mercedem publicanis soluendam esse, ait, ideoque colonos teneri, ut numerum pecudum profiteantur apud publicanos, ne pecus inscriptum, quod coloni non professi essent, ex lege censoria committatur, & possessoribus eripiat s). Noli mirari, quod censes legem tulerint de pascuis publicis, & poenam iacturae seu commissi colonis constituerint, si pastores, in fraudem vectigalium, pecus non professi essent apud publicanos. MARCVS TVLLIVS enim refert, hoc fuisse munus censorum, ut praedia publica, inprimis pascua, ex quibus vectigalia redirent,

o) Resol. Grau. de anno 1612. Tit. von Justitien, Sachen, §. 31. in Cod. Aug. Tom. I p. 183. & ibid. Tit. von Renth, Sachen, §. 26. p. 190. p) PLIN.

hist. nat. Lib. XVIII. c. 3. q) vid. IVLIVS CAESAR BVLENGERV de tributis ac vectigalibus populi romani c. 4. in Græui Thes. antiqu. rom. Tom. VIII p. 837 seq. r) CIC. Orat. de leg. agrar. contra Rullum cap. 1.

s) VARRO de re rust. Lib. II. c. 1. §. 16.

irent, auctoritate populi publicanis locarent, atque operam darent, ne *ve-ctigalia* imminuerentur ^{z)}. Merito igitur cauebant *censores* in locationibus publicis, ut pecus amitteret, qui, comparcendi *vectigalis* causa, numerum pecudum, quas in *pascua publica* miserat, non professus esset.

§. III.

*Praeter com-
moditatem
pascendi tri-
plex est fru-
ctus prato-
rum: foenum
primum, foe-
num auctu-
mnale, & si-
cilimenta.
His omnibus
utitur domi-
nus praedii
ante tempus
pascendi.*

Vidimus, utilius esse praedium, quod pratis & pascuis non caret. Sed utilitas illa duplex est: altera *pactionibus* agrestibus, seu *commoditate pascendi*, altera *fructibus pratorum*, quos *falce percipimus*, & perceptos recondere atque adseruare solemus, continetur. Vtriusque utilitatis magnus est *favor*, cum diligens colonus, nec *pactionibus apricis*, nec *pabulo in stabulis*, carere possit. Ut de *pactionibus apricis* ordiar, post hyemem *Nec stabulis gaudet pecus, nec arator igni u)*.

Haec Scythiae est intemperies, in cuius regionibus, rustici

— — *clausa tenent stabulis armenta, neque vllae
aut herbae campo apparent, aut arbore frondes x)*,

VARRO quidem observavit, quod plerumque magis expediat, pabulum e fundo *depascere*, quam foenum aliis vendere ^{y)}. Et COLVMELLA, utili-
lius esse, ait, si pabulum e fundo, domesticis potius pecudibus, quam alie-
nis depascatur ^{z)}. Quia enim, ut NONIVS MARCELLVS docet, aliud
est *alere* pecus, aliud *pascere*, cum *pactio* interdum etiam *saginationem* de-
sideret ^{a)}; necessaria sunt plena & *viua* pascua, in quae pecus mittatur, sa-
ginandi causa. Hinc rustici illi, apud VIRGILIUM MARONEM ^{b)},

— — *tauros procul, atque in sola relegant
pascua,*

ut remotis aliis, herbas, suo arbitrio, eligant, & omni proventu pratorum
largissime perfruantur. Eleganter idem VIRGILIUS, virumque necessa-
rium esse, ait, ut & domi pascantur pecudes, & per aestatem, apricis pa-
ctionibus, in pascuis, enutrientur,

— — *nec tota claudes foenilia bruma c)*,

& veris tempore,

in saltus utrumque gregem atque in pascua mittes d).

Ha-

^{z)} CIC. de LL. Lib. III. cap. 3. It. de nat. deor. Lib. III. cap. 19.

Lib. I. Carm. Od. 4. v. 4.

RO de re rust. in praef. Lib. II. § 5.

praef. Lib. VI. § 3.

Gothofred. p. 731.

d) Ibid. v. 323.

x) VIRG. Lib. III. Georg. v. 353.

z) COLVMELLA de re rust. in

a) NONIVS MARCELLVS cap. 5. §. 74. apud

b) VIRG. Lib. III. Georg. v. 212.

c) Ibid. v. 321.

u) HORAT.

y) VAR-

Habes *primam* commoditatem pratorum, ut possis gregibus tuis, fructum pratorum *depascere*, & pecus in illis saginare. Sed recte CATO noster admonuit, non minus procurandam esse *alteram* utilitatem, ut *fructus pratorum falce demetamus*. Ait enim, cogitandum esse patrifamilias, quam longa sit hyemis, ideoque *pabula arida condenda in foenilia*, & diligenter conseruanda esse *e)*. Qua de causa ad villici curam pertinet imprimis, ut prouideat, ne per hyemem *pabula iumentis desint f)*.

Occurrunt enim variae pecoris, in hyeme, necessitates, quae postulant, ut pastores pabula cum delectu praebeant interdum pecudibus,

— — *salsasque ferant praesepibus herbas g)*.

Neque tamen, sui tantum pecoris gratia, *fructus pratorum* conseruant rustici, sed etiam *quaestus* causa, cum fructus illi & pabula, non exiguo pretio vendantur.

Hoc loco obseruandum est, quod PLINIVS SECVNDVS docuit *h)*, tria esse genera fructuum, qui, praeter commoditatem apricae pastionis, *falce* ex pratis & pascuis *percipiuntur*. Primum est *foenum*, quod circa Kalendas Iunii caedendum est *i)*. VARRO enim praecipit, herbam in pratis, cum crescere desiit, & aestu arescit, falcibus subsecandam esse *k)*. COLVMELLA etiam obseruat, hoc foenum, priusquam inaruerit, secandum esse, cum ita largius percipiatur, & pecudibus iucundiores praebet cibum *l)*.

Haec est *prima* messis, quam ex pratis capere debemus. Sed habent prata hoc praecipuum, quod & renascantur fructus, & quotannis aliquoties percipiantur. Succedit igitur *secundus* pratorum fructus, quem veteres *foenum auctumnale*, aut *cordum* & foenum *secundarium*, nostri: das Grummet, appellarunt. Est enim *cordum m)*, quod sero maturescit, ut *olus cordum*, quod in usum hyemis conditur *n)*.

Haec *secunda* messis, non minus *naturalis* est, &, quia maxime necessaria, usu rusticorum imprimis frequentatur. COLVMELLA docet, ita penuriae hyemis succurrendum esse, ut alatur pecus *foeno auctumnali*, quod & agnis & vitulis non minus prodest, quam foenum illud primum & maturum.

e) CATO de re rust. cap. 30.

f) Id. c. 5. §. 5.

g) VIRG. Lib. III. Ge.

org. v. 394.

h) PLIN. hist. nat. Lib. XVIII. c. 28. §. 5.

i) Id. l. c.

k) VARRO de re rust. Lib. I. c. 49.

l) COLVMELLA Lib. II. c. 19. §. 1.

m) FESTVS de verb. signif. in voce: *corda frumenta*, apud Gothofredum p. 275.

n) COLVMELLA Lib. XII. c. 13. §. 2. vid. Praesid. disp. de Mu-

cio Scaeuola Cordo.

rum. Autumnale enim mollius, & pecori iucundius esse iudicatur ^o). *Foeni* igitur *auctumnalis* sectio, aequae ac messis *foeni* maturi, ad *ordinarios* & *consuetos* pratorum fructus merito refertur. PLINIVS SEGVNDVS enim docet, ideo post primam sectionem prata riganda esse, ut *foenum auctumnale* postea secari possit ^p). Scio quidem, prata quaedam *semel tantum* in quibusdam regionibus secari. Nostri haec prata: *einnützige Wiesen*, appellare solent. Sed norunt illi rustici, vitio agrorum & terrae hoc tribuendum esse, si prata *semel* tantum fructus ferant. Corrigi autem illud vitium posse credunt stercoratione & aliis artibus pastorum. Quare non dubito, prata, quae *semel* tantum a maioribus secta sunt, a diligenti patrefamilias *bis* secari posse, ut etiam *auctumnale foenum* correcto fundi vitio decerpatur. Es kann auch auf einnützigen Wiesen Grummet gemacht werden, wenn gleich der Nachbar daselbst die Huthung hat. Nuper de hac causa disceptabant Aduocati. Proponebatur, dominum fundi ex pratis suis, *nouiter*, contra consuetudinem temporis prioris, *foenum auctumnale* percepisse. Hoc aegre ferebant vicini, quibus *ius compascui*, sed ex illo demum die, quo dominus in pratis pecus suam pascere coepisset, compete-
bat. Dicebant vicini, ita commoditatem *seruitutis pascendi* sibi imminui, contra veterum formam & consuetudinem illius regionis. Profitebatur dominus, se olim *foenum auctumnale* non percepisse, sed statim post diem Ioannis, foeno primo defecto, pecus suam in pascua misisse, & vicinos ad *ius compascui* admisisse. Sed aiebat dominus, se correxisse vitium pratorum, ideoque mutato consilio, malle *foenum auctumnale* percipere, & serius pascere in pratis suis: hinc vicinos irasci non posse, si & ipsi tempus, quo dominus pascere coepisset, expectare cogerentur. Praeterea vero apparebat in quibusdam tabulis antiquis, haec prata, quae nunc quidem *bis* secta erant, designata esse nomine pratorum, quae *semel* tantum secarentur: Es waren die Wiesen in einem alten Reccesse, der den Grund-Herrn nicht angien, einnützige Wiesen genennet worden. Contra vero, obstabat vicinis, quod pacto non comprehensum esset, ne dominus *bis* secaret prata sua, neue *foenum auctumnale* atque reliquos fructus pratorum ordinarios perciperet, priusquam pecus in pratis pasceretur. Quia igitur *foenum auctumnale*, das Grummet, ad fructus praediorum ordinarios refertur, & cuilibet domino permissum est, ut corrigat vitium fundi sui; censuimus, dominum *nihil insoliti* fecisse, qui ex pratis, *semel* tantum secari solitis, etiam *foenum auctumnale* percepisset: Daß er auf einnützigen Wiesen Grummet machen lassen. Propter strictam enim *seruitutis* interpretationem, visum est, vicinos, qui, post *certum tempus* compascui iure uti poterant, non *prohibere* posse, quo minus dominus, ante illud tempus, fructus pratorum ordinarios, ideoque etiam *foenum au-*

^o) COLVMELLA de re rust. Lib. VII. c. 3. §. 21.
Lib. XVIII. c. 28. §. 5.

¹) PLINIVS hist. nat.

auctumnales, demeteret ex pratis suis. Itaque mense Julio a. 1754. Icti Vitembergenses responderunt: repellendos esse vicinos, qui, propter ius compascui, dominum fundi impedire vellent, ne, priusquam prata aperirentur, foenum eorum perciperet ex fundo: daß Klägers Suchen nicht statt hat.

Tradidimus de *primo & secundo* foeno, aestiuo atque auctumnali. Sed, praeter hunc duplicem fructum, attingendus est etiam *tertius*, quem veteres *sicilimentorum* nomine inprimis notauerunt. Nostri hunc fructum *tertium*, das Gras auf denen Wiesen, darauf ein anderer die Koppelhuthung hat, appellare solent. VARRO enim observat, post secundam sectionem pratorum, qua foenum auctumnales percipitur, nachdem das Grummet abgebracht, prata *sicilienda* esse, hoc est, *falcibus* confectanda, ut herbae a foenisecis relictæ, aut repullulantes decerpantur, ne pratum tuberosum fiat ^q). Idem PLINIVS SECVNDVS fieri debere docet, cum non inutile sit pratis, si post quamlibet sectionem *siciliantur*, ut herbae, quae foenisecae praeterierant, pecoris alendi causa, demetantur ^r). CATO testatur, haec *sicilimenta* pabulum esse ouibus, ideoque monet, ut diligenter conferuentur ^s). Hoc opus, cum magnum laborem non desideret, more maiorum, etiam in feriis fieri potuisse, COLVMELLA indicavit ^t). Sunt autem *siciles* aut *sicilices*, ferramenta, quibus aliquid secari potest ^u), unde *sicilimenta* nomen acceperunt.

Comprobauimus, etiam *sicilimenta*, das Gras, naturaliter, & nisi aliud actum sit, ad *fructus solitos* pratorum referenda esse, & nomine fructuum, unter dem Namen der gewöhnlichen Wiesen-Nutzung contineri. Cum enim fructuarius etiam, teste PAVLLO, quicquid in fundo nascitur, merito sibi vindicet: L. 59. §. 1. D. de usufruct. Multo magis dominus, qui ex causa domini fructus capit, etiam *sicilimenta* pratorum, tanquam *tertium* fructum fundi sui percipere poterit, quamuis seruitus pascendi competat vicino. Ita nouissime Curia provincialis Vitembergensis, hoc anno in Termino Michaelis iudicauit. Vicinus in processu *possessorio summarissimo* obtinuerat, ut in *quasi possessione iuris pascendi* defenderetur. Dominus fundi *sicilimenta*, seu herbas recentes falce demerebat, pecoris alendi causa: Et ließ auf seinen Wiesen grasen. Vicinus querebatur, ita se *turbari* in possessione iuris pascendi, si dominus herbas decerperet. Respondimus, nihil proponi, cur dominus *prohiberi* possit, ne fructibus communibus pratorum uteretur. Ius enim possessionis stricte interpretamur, ideoque pos-

V 2

fessio

^q) VARRO de re rust. Lib. I. c. 49. §. 2. c. 28.

^s) CATO de re rust. c. 5. §. 8.

^r) PLIN. hist. nat. Lib. XVIII.

^t) COLVMELLA de re rust.

Lib. II. c. 22. §. 3.

^u) A. GELL. Noct. Attic. Lib. X. c. 25. Fest. de verb.

signif. voce: *sicilices*, p. 436.

sessio iuris pascendi non continet *ius prohibendi*, ne dominus demetat herbas, & sicilimenta, quae ad fructus ordinarios pratorum referuntur. Quapropter hae rationes adiectae: Diemeil die Possess in dem libellirten Teiche Gras zu hauen, mit der Huthung in solchem Teiche, da sich Kläger darwider nicht gereget, wohl benjammen stehen kann.

Sed haec facilius in *caussa possessionis* admittebantur. Acrius vero de illo argumento disputatum est, cum *instituto processu petitorio* de iure vicini quaereretur. Occurrebat eiusmodi species anno superiori, quam Advocati utrinque magna diligentia tractarunt. Dominus prati permiserat vicinis, ut *post diem Galli*, quotannis, *iure compascui*, in prato suo vterentur. Idem dominus, *ante diem Galli*, omnes fructus pratorum perceperat, non solum foenum primum, & auctumnale, sed etiam sicilimenta & herbas, quae post secundum foenificium provenerant. Vicini aiebant, ita imminui ius compascui, quod ipsi acquisivissent, ideoque arbitrabantur, non permittendum esse domino, ut tertium fructum perciperet ex pratis suis. Sed mense Iulio A. 1754. *Scabini Lips.* responderunt, actioni locum non esse. Ipsa verba sententiae apponam: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, er auch die durch diesen Proceß verursachte Unkosten denen Beklagten zu erstatten verbunden. Res erit luculentior ex rationibus adiectis: Diemeil Klägern kein Recht zustehet zu verhindern, daß Beklagte die Zeit über von Mariä Verkündigung bis Galli, da sie als Eigenthümer das Ihrige zur freyen Disposition haben, ihre Wiesen zu zwey, und mehrmahlen nicht abmehen, und so gut, als sie können, nutzen mögen, gestalt wenn schon bishero nicht alle Jahre die Abmehnung zu mehrern mahlen geschehen, gleichwohl die in derer Beklagten Willkühr stehende Unterlassung Klägern kein Befugniß, es ihnen auch in Zukunft zu verwehren, zuwege bringen, noch Kläger, daß es denen Beklagten jemahls untersagt, und dabey acquiescirt worden, anzuführen, oder dessen einseitig abgehörte Zeugen, in Rotul. fol. 25. ad Art. 6. und 8. etwas zu seinem Vortheil zu behaupten vermocht; So ist von uns gesprochenemassen billig erkannt. Actor quidem prouocabat ad Curiam Provincialem, & acriter instabat. Sed ab hac etiam iudicatum est: nihil apparere, quod efficeret, ut a priore sententia discederetur: Daß in erster Instanz wohl gesprochen und übel appelliret. Quia tamen non desunt *causae dubitationis*, superest, ut illas diligentius excutiamus.

§. IV.

Servitus pascendi ipso iure ad certum tempus restricta est.

Nimirum, propter *strictam* servitutis interpretationem, non permitimus vicino, ut dominum fundi *prohibeat*, quo minus, *ante tempus pascendi*, fructus pratorum libere percipiat, salvo iure servitutis. Hoc ut facilius intelligatur, observandum est, *ius pascendi* pecus in fundo alieno, sem

semper odiosum fuisse, ut ne quidem inter quatuor illas servitutes praedio-
rum rusticorum, quae diutius in usu fuerunt, a veteribus commemoretur. *neque conti-
net ius pro-
hibendi ne
dominus fru-
ctibus natur
usque ad
diem servi-
tuti adie-
ctum.*
L. 1. D. de serv. praed. rust. Successu enim temporis demum, cum auctae
essent necessitates rusticae, usu hominum & interpretatione, antiquis servi-
tutibus adiectum est *ius pascendi*, ut liceret pecus suam agere in pascua
vicini. VARRO nobis auctor est, usu introductum esse, ut, si dominus
praedii prata possideret, & pecus ipse non haberet, alienum pecus reciperet
pascendi causa x). Quapropter olim dubitatum, an quae *servitus pascendi*,
quasi necessaria, praedio imponi, & NERATIVUS tandem definivit, posse
ita servitutem constitui, ut boves, per quos fundus colitur, in vicino prae-
dio pascantur. *L. 3. pr. D. de serv. praed. rust.* Antea quidem *ius com-
pascui*, iure familiaritatis & vicinitatis, videtur interdum *precario* permis-
sum esse, si vicinus pascuis careret. Hac de causa CATO patrifamilias
inprimis commendavit, ut *vicinos* sibi conciliare studeat, qui necessitatibus
rei familiaris benevolentia mutua succurrant y). Cum contra, si *vicinos*
amicos non haberemus, ne in nostro quidem praedio pecus negligentius pa-
scere liceret z).

A vicinis igitur, contra maiorum consuetudinem, non sine metu rixa-
rum & litium a) impetrari debuit, ut liceret pecus *pascere*, in fundo alie-
no. Sed recte CELSUS observavit, si etiam *perpetua* servitus sit constitu-
ta, illam ita accipiendam esse, ut ista *civiliter* utamur, & cum *minimo* fun-
di servientis detrimento. *L. 9. D. de serv.* Generaliter receptum est, ne
per servitutem *commoditas* & *usus* rei suae domino intervertatur. *L. 13. in
fin. commun. praed. tam urb. quam rust.* Sed praecipua *pratorum com-
moditas*, ut supra diximus, posita est in foeno primo atque autumnali, in
herbis & sicilimentis, ne dominus egeat pabulo necessario, ad pecus in hye-
me alendum. ULPIANUS hanc propriam naturam pratorum appellat, ut
fructus in illis *falce* capiamus, hoc est, ut foenum & herbas demetamus.
L. 31. D. de verb. sign. Quis igitur pateretur, a vicino, propter *ius pa-
scendi*, dominum praedii prohiberi, ne fructibus pratorum ordinariis ante
tempus pascendi vteretur. Opportune BERGERUS admonuit, illum, qui
ius pascendi habet, *ius foeni* & herbae secandae non habere, cum hi fru-
ctus domino fundi relinquuntur b).

Igitur possessor praedii fructus pratorum libere percipiet, ante *tempus
pascendi*, ne rei commoditas eripiat domino, qui ex fundo, & propter
pos-

x) VARRO de re rust. Lib. I. c. 21. Columell. de re rust. in praef. Lib. VI. §. 2.

y) CATO de re rust. c. 4.

z) COLUMELLA de re rust. Lib. I. c. 1. §. 7.

a) PALLAD. de re rust. Lib. I. Tit. 6. §. 2.

b) de BERGER oecon. iur.

Lib. II. Tit. 3. §. 10. not. 13. p. 311.

possessionem fundi, *tributa & vectigalia* soluere tenetur. Hoc intellexit Imperator CONSTANTINVS, qui propter *tributorum* soluendorum necessitatem, dominos suae rei moderatores, & arbitros esse, & pleraque negotia suo arbitrio administrare voluit, vt onera domini, commoditate fructuum, pensentur. *L. 21. C. mandati.* Ex hoc fonte deducitur, quod PROCVLVVS ait, dominum vicino *damnum non facere*, si, in suo subsistens, vicino *lucrum* aliquod intercipiat, quod hic potuisset percipere, si dominus negligentius rem suam tractauisset. *L. 26. D. de damno infecto.* Igitur, nec vicinus conqueri poterit, si dominus fundi, omnes fructus, quos capere potuit, ipse perceperit, ante tempus pascendi, quamvis vicinus, neglectis a domino fructibus, commodius pascere in pratis alienis potuisset. Merito igitur, in speciebus, quas in capite proximo enarrauimus, absoluendi fuerunt domini pratorum, qui, ante diem pacto constitutum, omnes fructus, etiam foenum auctumnale, & sicilimenta, & herbas repullulantes decerpserant, ne propter seruitutem vicini, commoditate domini carerent; sibi enim imputare debuit vicinus, quod non luculenter sibi caverit in conuentione, ne dominus foeno auctumnali aut renascentibus sicilimentis vteretur. Eandem rationem etiam, in praediorum urbanorum seruitutibus, sequimur, vt domino relinquatur libertas domini in omnibus illis negotiis, quae non luculenter in seruitutibus sunt restricta. Hinc dominus potest prospectui officere, quamvis vicino constituerit seruitutem altius non tollendi. *L. 12. D. de seru. praed. rust.*

Ante tempus pascendi igitur, etiam in rustico praedio relinquenda est domino libertas, re sua, vtcunque visum est, fruendi. *Tempus* autem adici posse seruitutibus, PAPINIANVS obseruauit, quamvis olim temporis adiectio, non *ipso iure*, sed tantum *ope exceptionis*, ius seruitutis imminueret. *L. 4. pr. D. de seru.* Certe *modum & temporum interualla*, per quae vicinus seruitute vteretur, obseruanda esse placuit, propter strictam seruitutis interpretationem. *L. 4. §. 1. D. eod. c)* Etiam in seruitute viae, ad certum locum restrictae, placuit, ceteres glebas liberas esse, vt dominus reliquis partibus praedii suo arbitrio vtatur. *L. 13. §. 1. de seru. praed. rust.*

Quemadmodum igitur, si seruitus *loco* circumscripta est, reliquae partes fundi *liberae* manent: ita, si dies certus seruituti adiectus est, *religqua tempora libera* manebunt. Hinc nemo dubitare potest, quin dominus, ante illud tempus, omnes fructus pratorum, iure suo percipiat, licet plus lucri peruenisset ad vicinum, si dominus illos fructus in pratis reliquisset. Hoc vnum attinet monere, mutato Kalendario, diei, post quem ius pascendi

c) vid. Praef. in disp. de seruitutibus ad certum modum restrictis.

di concessum est, dies decem adiciendos, quibus exactis, vicino prata pascua aperiuntur: Daß mit der Huthung 10. Tage später, als vorher gewöhnlich gewesen, angefangen werden solle *d)*. Immo vero, si non adiectum sit tempus, ita seruitutem pascendi interpretamur, ne vicinus pascat, nisi tempore consueto, fructibus ordinariis a domino perceptis *e)*. Rustici vero non solent pascere pecudes in pratis, nisi fructibus defectis, cum pecudes, teste COLVMELLA, post *foenifecia* demum, zu offenen Zeiten, ad pastum admittantur *f)*. Moribus enim, propter summam utilitatem, introductum, ut prata certis mensibus *custodiantur* *g)*, quod tempus nostri rustici geschlossene Zeiten appellare solent *h)*. Sed nolo recoquere, quae ab omnibus interpretibus copiosius traduntur.

§. V.

Satis, credo, comprobauimus, dominum prohiberi non posse, quo minus omnes fructus pratorum, ante diem pascendi definitum, libere percipiat. Sed video, quid te pungat, ideoque dabo operam, ut scrupulus tibi eximatur. Ais enim, seruitutes, inprimis si testamento relictæ sunt, interdum *plenam* significationem habere, ut omnia, quae non excepta sunt, vicino concessa videantur. *L. 6. D. de seru. leg.* Sed respondeo, hanc esse *plenam* significationem seruitutis, ut omnia dominanti permittantur, sine quibus seruitus exerceri non potest. Ius autem pascendi, quod post diem certum conceditur, ita exerceri potest, ut, quae *superfint*, post illum diem a pecudibus depasci possint, etiamsi dominus antea fructus perceperit. *Arg. L. 42. D. de usufr. & quemadm.* Non enim solent pecudes, nisi post *foenifecia* admitti, hinc non imminuitur seruitus, si dominus antea iure suo in praedio utatur.

Dominus non potest impedire ius pascendi semel constitutum, nec faciem fundi mutare cum damno dominantis.

Sed obstat nobis IAVOLENVS, qui *L. 13. ff. 1 D. de seru. praed. rust.* seruitute constituta, ait, dominum *nihil facere posse*, quo *seruitus impediatur*. Est haec aliqua dubitatio, quae digna est, ut diluatur. Sed diluetur facile, si cogitaueris, quod non *impediatur seruitus*, si dominus fructum percipiat ante diem constitutum, & postea vicino, quod superest, aut quod renascitur, relinquat. MARCELLVS enim permittit, ut dominus fundo suo, prout visum est, frui possit, modo ius & necessitas vicini non prorsus corrumpatur. *L. 10. in fin. D. de seru. praed. urb. L. 9. de seru.*

d) Mand. Elect. Sax. de dato 6 Mart. 1700 wegen Verbesserungen des neuen Calenders, in Cod. Aug. Tom. I. p. 341. *e)* vid. CARPZOVIVS in Iurisprud. forens. Rom. Saxon. Part. II. Const. XLI. Def. IV p. 689. *f)* COLVMELLA de re rust. Lib. II. cap. 18. §. 6. *g)* PALLADIVS de re rust. Lib. III. Tit. 1. *h)* De tempore clauso vid. de Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. §. 9. not. 2. p. 308.

serv. praed. rust. PAVLLVS quidem, ne in personalibus quidem servitutibus, domino concedit, ut causam fructuarii, aut usufructuarii, *deteriorem faciat*, aut interceptat commoditatem servitutis. *L. 23. D. de usu & habit.* Sed respondebimus PAVLLO, servitutem non *deteriorem* fieri, si vicino illud relinquamus, quod natura servitutis continetur. Haec autem est natura iuris pascendi, ut pecudes vicini illa tantum decerpant, *quae post diem constitutum*, in pascuis *superfunt*.

Venit quidem in mentem, quod DIOCLETIANVS *L. 7. C. de serv. & aqua*, prohibeat, ne quid *contra veterem formam & observationem* innovetur. Quare poterat videri, quod domino non concedendum sit, ut fundo suo *aliter*, quam antea *solitus fuerat*, fruatur, et ne foenum autumnale aut sicilimenta decerpant ex pratis, ex quibus illa, prioribus annis, non decerpserat. Sed res ipsa loquitur, DIOCLETIANVM de *iure aquae* agere, quod per *praescriptionem* acquisitum est, cui dominus, mutata fundi forma, aliquid detrahare non potest. Nunquam vero Imperator domino interdixit, ne rebus suis, utcumque visum est, fruatur, salva forma fundi & salvo iure servitutis. Ius autem servitutis saluum manet, si vicino relinquatur, *quod superest*, nisi per pactum aut praescriptionem *ius prohibendi* nactus sit, ne dominus omnes fructus percipiat ex fundo suo. Opportune CARPZOVIVS observat, servitute pascendi constituta, non prohiberi dominum, quo minus alio modo, quam antea solitus est, suo praedio fruatur, sed hoc tantum interdici, ne *facies fundi mutetur*, cum damno vicini dominantis. Ideoque dominus, & *genus culturae & modum fruendi* poterit mutare, & suo arbitrio res administrare, ante tempus pascendi constitutum ⁱ⁾.

Illud tamen expeditum est, quod *arare* non liceat in fundo pascuo, aut frumentum in pratis *serere*, si vicino ius pascendi sit permissum. VARRO observavit, veteres pastores, propter avaritiam, *contra leges*, agros segete confitos, in prata mutavisse ^{k)}. Hoc autem non facile permittendum erat, ne annona vexaretur, quae sit carior, numero aruorum imminuto. *L. 6. D. de extraord. crim.* Sed videri possit, publice utilius futurum, si *augendae* annonae causa, prata *frugibus* confererentur.

Quia vero etiam *pascuorum* non est exigua utilitas, & nemini ius quaesitum temere auferri potest; serenissimo Saxoniae legislatori placuit, non posse *arari* prata, aut segetibus conferi, si vicino ius pascendi comperat in solo nostro. Vna species excipitur, ut liceat prata in agros frumentarios convertere, si nihilominus satis agrorum supersit ad pascendum, quamvis

ⁱ⁾ CARPZOV. Iurisprud. forens. Rom. Saxon. Part. II. Const. XLI. Det. 5. p. 689.

^{k)} VARRO de re rust. in praef. Lib. II. § 4.

uis dominus partem aliquam conseruerit frumentis. Hoc enim casu, vicini, qui satis pascuorum retinet, non interest, quomodocunque dominus agris reliquis fruatur. *Const. Elect. Sax. XLI. Part. II.* Der Grundherr kann zu Nachtheil dem, so das ius pascendi erlanget, den Grund und die Länden nicht umreißen, oder zu Acker machen, und wo solches Umreißen geschehen, so muß der Grundherr das ungerißene zu Wende wieder liegen lassen, es wäre denn an dem, daß sonst derer Derter gnug Wende vorhanden, daß durch solches Umreißen, demjenigen, welcher die Servitut hat, dieselbe nicht geschmälert, oder entzogen würde.

Haec habui, quae *de fructibus pratorum, ante tempus pascendi, perceptis* exponenda videbantur. Sed satis prata irrigauimus; igitur hos riuulos claudemus.



CIV.

OBSERVATIONES

DE

POENA INSTIGATIONIS.

AD LEGEM XX. D. DE HIS QUI NOT. INFAM.

VITEMBERGAE, DIE DECEMBRIS CIOIO CCLIV,

Lex XX. D. de his qui notantur infamia.

PAPINIANVS Lib. I. Responsorum.

Ob haec verba sententiae Praesidis prouinciae: *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*: pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari. Non enim, qui *exhortatur, mandatoris* opera fungitur.

§. I.

Quaedam virtutes *frenis*, pleraeque *stimulis* indigent *a)*, vt flā. *Instigatio* grantibus animis ardentes quasi faces & noui igniculi subiiciantur *b)*. Certe *virtutis* *caussa, praemium mere-* *tim.* *tur. Instiga-*

a) L. ANNAEVS SENECA de vita beata c. 25.
Fasc. XI. X

b) TAC. hist. Lib. I. c. 24.

mus alios
verbis & ex-
emplo.

timidi & inexperti quaerunt signiferum aliquem & ducem, cuius auctoritate & exemplo c), etiam in probis consiliis, regantur. Immo vero, ne senatus quidem populusque romanus Carthagini bellum indixissent, nisi oratione Reguli commoti & metu liberati essent.

Donec labantes consilio Patres

firmaret auctor nunquam alias dato d).

Germani, si CAIO CORNELIO TACITO fides est, in expeditionibus decernendis, plerumque ducem fortuitum secuti sunt, qui auctoritate suadendi & facundia accenderat animos, & spem iniecerat prosperi euentus e).

Inprimis militum virtus elanguescit, nisi conspectu ducis erigatur. FLAVVS VEGETIVS RENATVS observauit, acie ordinata, ducem romanum inter pedites & equites medium consistere, vt omnia consilio regere & equites non minus ac pedites auctoritate hortari & concitare possit f). Etiam res desperatae, aduentu ducis, interdum sanatae sunt, vt, redintegrato animo, pro se quisque, in conspectu Imperatoris, quamuis in extremis rebus suis, operam nauaret g). CAESAR aliquando, in magna trepidatione, animos militum oratione mirum in modum conuertit, vt summa illis alacritas & cupiditas belli gerendi innata esse videretur h). Ita ille apud VIRGILIUM MARONEM:

*Nunc prece, nunc dictis virtutem accendit amaris,
quo fugitis socii i).*

Nimirum, desperantibus crescit audacia, adhortatione ducis, si nihil ille timere videatur k).

Multum igitur refert, quo duce & auctore milites in rebus perturbatis erigantur. Non minus tamen ipsae commilitonum & sociorum acclamations, & hominum de nobis expectatio, animos impellunt, vt coepta confidentius perficiantur. HORATII & CVRIATII, cum de summa imperii ipsis dimicandum esset, non solum suapte ingenio feroces, sed inprimis pleni adhortantium vocibus, conspiciente vtroque exercitu, alacriter inter duas acies processerunt l), & vnus HORATIVS superstes, quamuis caesis fratribus, cum romani militem suum clamore insperato adiuuarent, defungi praelio secundo festinauit m). Accenditur enim virtutis studium sollicitatione aliorum.

Si

c) CICERO Orat. pro L. Corn. Balbo c. 13.

d) HORATIVS Lib. III. Carm.

Od. 5. v. 45.

e) TACITVS de Mor. Germ. c. 11.

f) VEGETIVS

de re militari Lib. III. c. 18.

g) CAESAR de bell. Gall. Lib. II. cap. 25.

h) Ibid. Lib. I. cap. 41.

i) VIRGILIUS Lib. X. Aeneid. v. 368. sequ.

k) VEGETIVS de R. M. Lib. III. cap. 9.

l) LIV. Lib. I. cap. 25.

m) Ibid. in fin.

Si cuncti instigant studiis n)

— — — — exultantiaque haurit

Corda pauor pulsans, laudisque arrecta cupido o).

Magna igitur vis est *monitorum* atque exhortationis p), si incensi animi, facundia quadam militari & oratione, instigentur. Sed, vti diximus, vbi res manu gerenda est, *efficaciora* sunt *exempla* ad prouocandam militum virtutem, cum vile sit corpus illis, qui magnam gloriam vident q). Hac de causa CAIVS IVLIVS CAESAR, magnum momentum victoriae in ea re versari, credidit, si optime meritis praemia & honores tribueret, vt reliqui ad imitationem virtutis concitarentur r). Non commemorabo *torques* & *duplam* annonam, quibus milites, nominatim propter virtutem appellati, donabantur s). Haec enim ornamenta, milites etiam mortui, posteris in marmore sepulchrali commemorare & ostendere solebant t). Magis attinebat illorum honores & dignitatem amplificare, qui in expeditionibus, *primi* insigne facinus ausi essent, suoque *exemplo* effecissent, vt reliqui ad studium virtutis, in negotiis arduis, inuitarentur. Hoc consilio inuentae sunt *coronae*, muralis & castrensis, quibus ille, qui *primus* murum subiit, inque hostium oppidum per vim ascendit, aut qui *primus* in castra hostium pugnans introiuit, ab Imperatore ornabatur u). VEGETIVS obseruauit, hac re infractam esse virtutem legionum a posteris, quod per *gratiam* militibus tribuere coeperint honores, quos olim labore & singulari exemplo virtutis impetrare consueuissent x).

Sed hae quidem faces orationis atque praemiorum non militum duntaxat animos accendunt, sed necessariae sunt in omnibus causis, quae *ardorem* aliquem desiderant, & cum *concitatione animi* administrantur. Enim vero in tot humanis necessitatibus, quae animos & studia hominum depri-
munt & infirmant, virtus cuiusque nutrienda & quasi alimentis quibusdam confirmanda & suscitanda est, ne deferuescat, neue in maximis & commodissimis opportunitatibus a proposito desistat. Nostri etiam in fortuitis incendiis praemium isti constituunt, qui *primus* amphoram attulit, vt ignis restinguatur. Multo magis in *seditionibus*, cum iam faces & saxa volant, non parum debetur illis, qui auctoritate & gratia valent apud ignobilem plebeculam, & furias ardentes oratione & admonitionibus compescunt.

X 2

Ille

n) VIRG. Lib. V. Aeneid. v. 228.

o) Ibid. v. 137.

p) L. ANNAEVS

SENECA Ep. 94.

q) LIV. Lib. II. c. 12.

r) IVL. CAES. de Bell.

Ciu. Lib. III. c. 53. & Veget. de R. M. Lib. III. c. 26. in fin.

s) IVL.

CAES. loc. cit. & Veget. Lib. II. c. 7. & Godescalcus Stewecheus in Comment. ad Veget. p. 120. sq.

t) GRVT. Oper. Inscript. Tom. I. p. 377. num. 1.

u) PLIN. in hist. nat. Lib. XVI. c. 4. A. Gellius in Noct. Att. Lib. V. cap. 6.

Grut. Oper. Inscript. Tom. I. p. 375. n. 1. p. 414. n. 8. p. 498. n. 5.

x) VE-

GET. de R. M. Lib. II. c. 3.

Ille regit dictis animos & pectora mulcet y).

In *Saxoniae Electoratu* ad *magistratus* officium pertinet, ut, coorto tumultu, *seditiosos* omni diuina & humana ope retineat, & vel monitis, vel minis & poenarum commemoratione ad frugem & officium reducat. vid. Mandat vom Auflaufen und Tumultuiren, de dato Dresden vom 2 Julii a. 1726.

§. II.

Facta illicita aut cum damno coniuncta plerumque promouentur instigatione.

Accepisti, quanta sit vis *orationis & exempli*, ad accendendam virtutem aemulantium iuuenum, aut ad compescendam insaniam illorum, qui furiiis quibusdam in tumultu agitantur. Quia vero plerique natura *prono-*res sunt ad *flagitia*, non minus diligenter obseruandi sunt *auctores* facinororum & improbitatis, ad quam consecretandam multi facilius *exhortatione & exemplo* aliorum impelluntur. Recte MARCVS TVLLIVS obseruat, in flagitiis *orationem* afferre spem impunitatis & *auctoritatem aliquam peccandi z).* Apud ALEXANDRUM regem Macedonum, THAIS pellex temulenta, aut ebrium scortum, fidem inuenit, cum dictis illum impelleret ad accendendam Persepolin, regiam Persarum. Pudebat Macedones, tam praeclaram urbem a commessabundo Rege, vnus scorti consilio, deleeram esse, sed non puduit regem, qui tot exercitus virorum deleuerat, mulieris auctoritati in re seria obtemperare, & foeminam ducem a) sequi in delenda vrbe, quae tot viris & tot gentibus terrorem intulisse dicebatur b).

Plerique ita comparati sunt a natura, ut in rebus turbidis facillime sequantur quemlibet *auctorem*, qui non solum facem praeferat, sed etiam ardorem animo iniiciat, atque ad audendum facinus impellat. Quod cum ii intelligant, qui *maleficiis & latrociniiis* pascuntur, etiam latrones & piratae constituunt sibi *archipiratam* aliquem & ducem, cui in expeditionibus pareant & quem obseruent c). Commodius enim, latrocinia administrari, visum est, si vnus *ducis* auctoritate & consilio regantur. Enim vero in *delictis* & turpi causa, quamuis haec aliquid dulcedinis habeat, *timida* sunt hominum ingenia, parum ausura, nisi aut *suasione* aut *exemplo* aliorum confirmata, spem successus & impunitatis conciperent, ut tutius peccare viderentur. Hos igitur *duces & auctores* diligentissime persequimur, ut reliquos publicis suppliciis terreamus. Quapropter MARCVS TVLLIVS recte CAIVM VERREM accusauit, quod, naue praedonum expugnata, aliis

y) VIRG. Aeneid. Lib. I. v. 157.

z) CIC. de nat. deor. Lib. III. c. 35.

a) — — — dux foemina facti,

VIRG. Lib. I. Aen. v. 368. & alio loco Iuno Lib. XII. Aen. v. 160. *auctor ego audendi.*

b) QV. CURT. de rebus Alexandri Lib. V. c. 7.

c) CICERO

de Offic. Lib. II. c. 40.

aliis' comprehensis, *archipiratam*, pecunia a piratis propter archipiratae salutem accepta, *uiuum* dimiserit, a quo inprimis sumi supplicium oportuisset *d*). Ait enim, hanc esse omnium consuetudinem, ut *dux* praedonum captus, palam, ante oculos omnium constituatur, utque animi illorum, qui saepius ab eo iniuriam acceperint, ipsius supplicio & cruciatu exsaturentur *e*).

Sed in accendendis sceleribus & furiis, ut diximus, *exemplis* gravissime nocetur, cum haec, ubi coeperunt, non subsistant, sed, propter libidinem peccandi, multorum imitatione propagentur. Huic malo ut *in militia* occurrerent Imperatores, teste ARRIO MENANDRO, illum, qui in acie *primus*, spectantibus reliquis militibus, fugam fecerit, propter exemplum, capite puniendum esse, iudicarunt, quia intelligebant, unius confecta fuga, facillime *animos* multorum, & totius *exercitus virtutem*, infirmari. *L. 6 §. 3. D. de re milit.* Non inepte igitur TARQUINIUS superbus PORSENNAE Regi Etruriae persuasit: Ne *orientem moerem* pellendi reges *inultum* sineret, cum omnia regna eodem casu peritura sint, nisi *primo & pessimo exemplo* recuperandae libertatis, a regibus vicinis omni diuina & humana ope resistatur *f*).

Vides, qua severitate illis nos debeamus opponere, qui vel exemplo vel monitis & oratione alios *instigant*, ut scelera & maleficia suscipiantur. Sed cum infinitae sint species *instigationis*, quae singulae diuerso iudicio aestimandae sunt, operae pretium fuerit, si de quibusdam speciebus sigillatim exposuerimus. Generaliter autem *instigationem* appellamus factum illicitum, quo alios impellimus, ut moliantur facinus, quod cum alicuius *damno & iniuria* coniunctum esse videatur. Quia autem multum discriminis interest, utrum quis *dolo*, an *culpa* sola, sui *commodi* an *lasciviae* aut *petulantiae* causa alios adducat, ut dedecus & indignitatem aliquam admittant, utrum quis solo consilio, an etiam ope praestita & exemplo seduxerit alios, utrum nolentes & innocentes instigauerit, an facinorosos & volentes in consilio improbitatis suscepto duntaxat confirmauerit, utrum singulos & paucos ad rem turpem faciendam instigauerit, an plures atque ipsam turbam seditiose ad res novas moliendas & rempublicam perturbandam concitauerit; non possumus haec omnia eodem modulo metiri. Nos quidem de hac tantum specie, cum quis *volentem instigat*, quae *proprie instigatio* dicitur, iudicium feremus.

§. III.

d) CIC. Aët. II. Lib. V. Orat. X. in Verrem, siue Orat. VII. Verr. q. 25. c. 26.

f) LIV. Lib. II. c. 9.

e) Ibid.

§. III.

*Aliud est
hortari, aliud
mandare. In-
stigator ma-
ximè volen-
tem concitat.*

Eleganter PAPINIANVS observauit, *instigatorem* accusationis potius *exhortari* accusatorem, quam *mandare*, ut accuset, sed multum interesse inter *exhortationem* & *mandatum*, cum, qui *exhortatus* est aliquem, nondum *mandatoris* opera functus esse videatur. *L. 20. D. de his qui not. infam.* MARCVS TVLLIVS quidem, non solum illos, qui cohortati sint, cum his, qui *auctores* rerum gestarum, *testes* & *laudatores* fuerint, coniunxit, sed etiam his nominibus fere promiscue & sine magno discrimine usus est. Multi enim, inquit, non solum ad me conseruandum, vos *cohortati* sunt, sed etiam rerum mearum gestarum *auctores*, *testes*, *laudatores* fuerunt g). Immo vero idem etiam alio loco, se facti alieni & *auctorem* & *praedicatorem* fuisse, profitetur h). Diligentius paulo CORNELIVS TACITVS ministros sceleris & *adiutores* ab *auctoribus* distinxit i). Certe C. SVETONIUS TRANQVILLVS alios, ait, *auctores* parricidii, alios tantum *suasores* k), alios *conscios* fuisse l). In tanta varietate merito sequimur PAPINIANVM, qui censer, aliud esse *exhortari*, aliud *mandatoris* opera defungi, ideoque iudicat, *exhortatione* accusationis *pudorem* tantum onerari, sed *mandatores* rei illicitae interdum *infamia* notari. *L. 20. D. de his qui not. infam.* Nimirum, interest aliquod discrimen inter *exhortationem* meram, & *mandatum*. Exhortamur *volentem*, aut deliberantem de negotio suscipiendo, sed *mandamus* illi, qui alias *noluisset* negotium perficere, aut certe illud, nisi nostro mandato, non fuisset perfecturus. ATTILICINVS agnouit hoc discrimen, & si *persuaserim* alias *nolet*, ut mihi ad iniuriam faciendam obediret, me, quasi *mandatorem*, *iniuriarum* teneri, docuit. *L. 11. §. 6. D. de iniur.* Cum contra, teste IAVOLENO, qui iubet hominem liberum, sola suadendi auctoritate, cum iubendi potestatem non haberet, non semper iussione sua obligetur. *L. 37. pr. D. ad L. Aquil.*

Hortamur igitur *volentem*, & per se *currentem*, sed *mandamus* illi, qui, citra iussione nostram, *peccare noluisset*. Accedit etiam alia diuersitas, quae *exhortationem* discernit a *mandato*. Videlicet *mandare* negotia non possumus, nisi *nostra intersit*, ut mandata ab altero conficiantur, sed *exhortari* aliquem possumus, *ipsius tantum gratia*, quamuis res illa ad nos non pertineat, & solam alterius contineat utilitatem. Si enim *tua tantum gratia* mandauerim, superuacaneum est *mandatum*, & ob id nulla ex eo obligatio, nec *mandati actio* nascitur. *Pr. Inst. de Mandat.* Igitur hic de-
mum

g) CIC. Orat. ad Quirites post reditum c. 6.

h) Idem in Orat. pro. L. Corn.

Balbo c. 2.

i) C. CORN. TAC. Lib. IV. hist. c. 27.

k) SVETON.

in Vit. Neronis Claudii c. 33.

l) Idem in Vit. Tiberii Neronis c. 27.

num videbitur *mandare*, cuius *interest*, propter propriam utilitatem, ut facinus mandatum etiam a *nolente* perpetretur. Sed is *hortari* aliquem dicitur, qui *volenti* calcar addit, eumque instigat, ut destinata perficiat, neque se a proposito auerti patiatur. Qui igitur alium *instigant*, magis hortari, quam mandare, iudicantur. *L. 20. D. de his qui not. infam.* Sed ex hoc quidem enascitur tertium discrimen, quod, qui *mandavit* propter *suam cupiditatem*, ipse teneatur, quasi auctor facinoris, quod alius mandatu eius perpetravit. *L. 11. §. 3. D. de iniur.* Sed qui *instigavit* & hortatus est *volentem*, nulla spe proprii emolumenti, censetur duntaxat *consilium* dedisse. Opportune autem *VLPIANVS* monet, consilii non fraudulenti nullam esse obligationem. *L. 47. D. de reg. iur.* Hinc idem etiam alio loco, *proxenetam*, negat, ut *mandatorem*, conueniri posse, quamuis *monstrauerit* nomen & *laudauerit* monstratum debitorem, ideoque creditorem, ut illi fidem habeat, *instigasse* videatur. *L. 2. pr. D. de proxenet.*

Sed aliter omnia in eo obseruantur, qui propter *suam utilitatem* aliquam, vel iussit, vel mandavit, vel conduxit alterum, ut negotium susceptum perpetretur. *PROCVLVVS* enim apud *VLPIANVM* monet, illum, qui *conduxerit* aliquem, ut cuiquam iniuria fiat, aut si, *mandatu* auctoris, cuiquam iniuria illata sit, *conductorem* & *mandatorem* iniuriarum & damni dati nomine teneri. *L. 11. §. 3. & 4. D. de iniur. L. 37. pr. D. ad L. Aquil.* Immo vero, ne poenam quidem effugiet, qui *dolo malo* & callide *mandavit*. Hic enim solus in poenam incidit, si solus in dolo fuit, quamuis ipse nihil perpetraverit, sed opera innocentis & inscii ministri rem perfecit. *L. 7. §. 5. D. de iurisdict.* Is vero *dolo malo* fecisse iudicabitur, qui, quamuis nihil suis manibus fecerit, tamen alios *rogauit*, ut aliquid fiat contra praetoris Edictum. *L. 1. D. de eo per quem fact. erit, quo minus quis in iud. sistat.*

Quae cum ita sint, ne quidem in *criminali iudicio*, mandatori rei illicitae parceretur. *PAVLLVS* ^{m)} enim & *VLPIANVS* tradiderunt, mandatores caedis perinde, ut homicidas, puniendos esse. *L. 15. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar.* Ne dominum quidem ius potestatis excusabit, si seruum laqueo suspendi, aut de saxo praecipitari iusserit, sed, auctore *CONSTANTINO*, homicidii reus esse iudicabitur. *L. unic. C. de emendat. seru.* Item in *assassinoribus* placuit, qui, per *assassinos* mercede conductos, homicidia committunt, ut, quamuis caedes perpetrata sit, etiam conductores & mandatores puniantur. *C. 1. de homicid. in 6.*

Prae.

m) *PAVLLVS* recept. sent. Lib. V. Tit. 23. v. 5.

Praeterea, qui per *mercenarios* aut *mandatarios* innocentem *verberibus* pulsari curant: diejenigen, so durch angestellte Leute jemanden prügeln oder fartschen lassen, carcere per octo annos cum carena puniuntur. *Mandat. Reg. Elect.* wider die Selbststrache, § 15. Non vacat omnia exempla *mandati illiciti* commemorare, de cuius poena libello singulari iudicabimus. Sed a *mandatoribus* PAPINIANVS longissime seiunxit *hortatores*, qui interdum ne quidem infamiam contrahunt, sed, solo pudore onerato, calliditatis suae poenam luere dicuntur. *L. 20. D. de his qui not. infam.*

§. IV.

*Hortatores interdum actione iniuriarum & in factum re-
nuntur & quavi dolo malo insti-
gauerint.*

Ex his, quae adhuc disputata sunt, posset alicui videri, nullum esse *instigatoris periculum*, qui *volentem* hortatus est, ut rem *illicitam*, aut cum *damno* aliquo coniunctam perficiat, & in consilio suscepto perseueret. Sed, qui haec sibi persuadent, mirifice falluntur. Enim vero, recte VLP-
IANVS observavit, in *consilio fraudulento*, si *dolus* & *calliditas* hortatoris intercesserit, de *dolo* actionem dari. *L. 47. D. de reg. iur.* Hac de causa, etiam proxeneta, qui *dolo* & *calliditate* creditorem deceperit, de *dolo* conuenitur. *L. 2. in fin. D. de proxen. Dec. Elect. Saxon. 42.* Quapropter multum refert, quem, & qua de causa, aliquis *hortatus* sit, aut *instiga-
uerit*, ad propositum perficiendum. LABEO enim, dolum esse, dixit, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, quae ad *circumueniendum*, *fallendum*, *decipiendum* adhibeatur. *L. 1. §. 2. D. de dolo malo.* Etiam *exhortatio* & *instigatio*, cum callido consilio circumueniendi alterius coniuncta esse potest, ut merito *pro dolo* habeatur. Inprimis, si homines *simpliciores*, & per se parati ad inepta consilia suscipienda, *ludibrio* habentur, atque ad *damnosa* consilia persequenda, hortationibus & instigatione quadam impelluntur, publice interest, *dolosam* improbitatem coerceri. Nimirum Praetor, propter *simpliciores* inprimis, edictum de *dolo* proposuit, contra illos, qui aliis calliditate sua *obfuerunt*, ne his *malitia* sua lucrosa sit, & ne imbecilliorum *simplicitas* decipiatur. *L. 1. pr. D. de dolo malo.* Quapropter dicemus, eum *dolo* non carere, qui homines imperitos, simplices, ebrios, dementes, quasi calcaribus & stimulis concitat, atque ad extremum casum & praesens periculum deducit, cum horum *imbecillitas* plerumque miserationem potius mereatur, & frenis a perniciem retrahenda sit. Hinc recte CELSVS respondit, cum, qui *furenti gladium* porrexit, ut aliquis interficeretur, videri *causam mortis* praebuisse, ideoque efficaciter conveniri posse, *L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil.* Prava enim ingenia, quamvis ipsorum non intersit, gaudent interdum de aliorum incommodis, & cum cachinno derident calamitatem imbecilliorum, in quam, calliditate sua, illos detraxerunt.

Primo quidem expeditum est, quod ipsi simplices illi, *instigatione* & monitis seducti, de vera *iniuria* sibi illata aduersus hortatorem recte experiri possint. Qui enim his illudunt & persuadent, ut praua consilia sequantur, illos *contemptus causa* decipiunt, ut ab aliis derideantur. Sed *VLPIANVS* ait, *contumeliam* dici a contemnendo, & illum iniuriam pati, qui in *contemptionem* adducatur. *L. 1. pr. & §. 2. D. de iniur.* Quamuis enim furiosi, & ebrii, & impuberes, & simplices *non sentiant*, sibi iniuriam fieri, aut se deludi, tamen *pati* possunt *iniuriam*, quam non sentiunt, si aliorum *dolo* & *hortatione*, in damna & pericula deducti, deluduntur. *L. 3. §. 1. & 2. D. de iniur.* Non potest aliquem mouere, quod *volentes*, currentesque in exitium suum, ab hortatore instigentur, ideoque non conqueri posse videantur, si *volentes iniuriam acceperint*. Enim vero simplices illi, quos dolosus *hortator* vana imagine decipit, non vere consentiunt, sed prohibendi potius fuissent, ne in turpitudinem & exitium delaberentur.

Certe pater, si quis filium ipsius, quamuis *consentientem*, *ludibrio* habuerit, aut in popinam duxerit, ut contra dignitatem aliquid admittat, *iniuriam* accepisse dicitur, *L. 26. D. de iniur.* neque suo tantum nomine, sed ipsius etiam filii causa, ad quem inprimis iniuria pertinet, *duplici iudicio*, *suasorem* iniuriarum conuenire potest. *L. 41. & L. 1. §. 9. D. de iniur.* Eadem de causa, qui foeminas ingenuas, *hortatione* & suasionibus, impudicas facere conatus est, *iniuriarum iudicio* tenetur. *L. 9. §. 4. D. de iniur.* Quid, quod etiam actio de *dolo*, contra illum datur, qui aliis *obfuit* calliditate sua. *L. 1. §. 1. D. de dolo malo.* Sed, cui magis *obfuit* illa hortatio, quam ipsi personae, quae corrupta est hortatoris instigatione? Recte obseruauit *IOANNES BRUNNEMANNVS* *), ipsi *personae corruptae & seductae* non denegandam esse actionem, quamuis suae potestatis sit, & *consenserit* in scelus. Ad ipsius enim *personae corruptae* iniuriam spectat, quod alter deceperit hominis simplicis debilitatem.

Ex his igitur intelligetur, quod ipsi decepto iniuria facta sit, si quis *dolo malo* homini simplici, aut dementi, aut ebrio, quamuis prono ad ineptias, *persuaserit*, ut gnauiter deliraret, & rem *damnosam* susciperet. Ex quo consequitur, quod *hortator* a decepto *actione iniuriarum* & de *dolo*, ob corruptionem, conueniri possit. Neque vero existimes, *ioci* excu-

fati-

*) *IO. BRUNNEMANNVS* in Comment. ad Pandect. ad Lib. XIV. §. 1. de seru. corrupto p. 375. & de *Berger* in Oeconomia Iur. Lib. III. Tit. 10. §. 7. not. 15. seq. p. 812.

satione defendi hortatorem, qui ebrios, aut simplices ludibrio habuit, ipsisque, ut rem *damnosam* molirentur, persuasit. *VLPIANVS* quidem, eum, qui per *iocum* aliquem percussit, *iniuriarum* non teneri, credit. *L. 3 §. 3. D. de iniur.* Sed certe non est *iocus*, si quis *ludibrio* aliquem habeat, & aliorum risui & contemptui exponat, cum hoc sine *dolo* fieri non possit. Multo rectius *diuus HADRIANVS*, etiam illum, qui per *lasciviam* & *petulantiam* morti causam praebuit, aut damnum alteri intulit, non absoluendum esse, iudicavit. *L. 4. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar.*

Ante aliquot annos, lepida *ICtorum ordini* fabula proponebatur: Sutor, homo simplex, & obsequens, & imperitus, mirifice deludebatur a vicino. Hic in agro propinquo ollam defoderat, carbonibus ardentibus flagrantem. Circa vesperam accedebat ad suturem, illumque ad fenestram adducebat, ex qua liber prospectus in agrum proximum patebat. Comminiscebatur, se ex improviso fumum ex agro surgentem obseruare, & quasi miraculo rei percitus, *persuadebat* sutori, ut secum, ad rem insolitam inuestigandam, progrediretur. Cum ambo proxime accessissent ad locum illum, affirmabat vicinus, thesaurum illo loco depositum videri; se huius rei peritum esse; scintillas & fumum prodere pondus auri & argenti illo loco reconditum: *Hortabatur* suturem, ut lintea aliquot grandia & dura, glebae agri, ex qua fumus prodierat, confestim iniiceret, & locum notaret: circa noctem vero eo rediret, ollam effoderet, & sub veste occultaret: Ita illam domum ferret, & in loco obscuro reponeret, postea ne attingeret: cras summo mane se reuersurum, dicebat, & praedam cum ipso diuisurum.

Sutor monitis obtemperabat, & imperata diligenter procurabat. Postero die, cum vicino *hortatore* ollam requirebat; hanc carbonibus mortuis repletam, & vestem, quam ollam occultauerat, igne adustam & corruptam inueniebat. *Hortator* ille illudebat misero sutori, & rem aliis prodebat: omnes vicini

— — vident, noti, pueri, atque puellae, o).

Sutor, qui non solum *damnum* passus, sed etiam *ludibrio* habitus fuerat, de *iniuria* & *damno* apud magistratum querebatur. Placuit, vicinum damnari, ut iniuriam, palinodia seu deprecatione, corrigeret, vestem sarciret, linteorum pretium restitueret, & carcere aliquot dierum *lasciviam* lueret.

§. V.

Tertius, qui hortatione laesus est, habet actio-

Iuste igitur iniuriam sibi illatam vlciscitur homo deceptus, quem *hortator*, *instigatione* sua, damno & contumelia affecit. Sed non minus utiliter

o) *NOB. T. Lib. I. Serm. 1. v. 85.*

ter queruntur etiam illi, ad quos ex ea *seductione* sensus damni & iniuriae *nem iniuria-*
peruenit. De *patre* quidem & de *marito* dubitari nequit, quin per filios *rum aut doli*
& uxorem, si quis personas illas suadendo ad turpitudinem deduxerit, ve- *& in factum*
ram iniuriam ab *hortatore* subinde patiantur. *L. 1. §. 3. & L. 26. D. de* *& utilem*
iniur. Sed PAVLLVS obseruat, tunc demum patri aut marito dari *serui corru-*
pti.
ptiarum actionem, si ille, qui rem indignam *suasit* filio, aut uxori, ani-
mum habuerit, *iniuriam* patri aut marito *faciendi*. *L. 26. D. de iniur.* De
hoc *animo*, si non satis constet, cessat *iniuriarum iudicium*, sed patri &
marito *utilis actio serui corrupti dabitur*, ad duplum damni, per corruptio-
nem dati, consequendum. Idem enim PAVLLVS, atque MARCIANVS
docuerunt, quamuis *directo* patris aut mariti patrimonium, per *corruptio-*
nem filii aut uxoris, non laedatur, tamen *utilem actionem* competere, offi-
cio iudicis aestimandam. Nostra enim interest, animum liberorum & ux-
oris non corrumpi. *L. 14. §. 1. & L. 17. D. de seru. corrupt.*

Sed multo magis *tertius*, qui *directo* laesus est ab homine seducto, ad-
uersus *hortatorem* experiri poterit, quia eius maxime interest. *dict. L. 17.*
de seru. corrupt. Dices, *hortatorem*, qui alium *volentem instigauit*, laeso
damnum non dedisse, cum ille, quem instigauit, per se *paratus fuerit* ad
delinquendum. Immo vero, quamuis ille, qui deliquit, per se cursurus
fuisset, tamen *instigatione* aucta est eius improbitas, vt audacius delin-
queret p).

Certe *laudator* improbi consilii tenetur, quia laudando *malitiam* au-
gere, & hominem, per se improbum, *deteriorem* facere, non debuisset.
L. 1. §. 4. D. de seru. corrupt. Generaliter, qui alterum *sollicitauit* ad ali-
quid improbe cogitandum aut faciendum, & *hortando* vel *suadendo* impro-
bum hominem in proposito confirmauit, videtur illum *corrupisse*. *L. 1. §. 3.*
D. de seru. corrupt. Opportune VLPPIANVS monet, cuius *dolo malo*
effectum est, vt alicui iniuria inferretur, eum non minus teneri, ac si ipse
iniuriam fecisset. *L. 11. pr. & §. 3. D. de iniur.* Igitur & *tertius*, cui,
hortatu alterius, iniuria facta est, *suasorem* facinoris, qui *dolo suo* auxit
alterius malitiam, *iniuriarum actione* potest conuenire.

Praecipue autem, qui damnum passus est, recte postulat, vt damna
sarciantur. VLPPIANVS docet, si quis *dolo malo persuaserit* seruo alte-
rius, vt in puteum descenderet, vel in tectum ascenderet, & seruus cecide-
rit, aut crus fregerit, vel deterior factus sit, etiam *de seruo corrupto* actio-
nem dari. *L. 3. §. 1. D. de seru. corrupt.* IVSTINIANVS vero, *sua-*
sori

Y 2

p) OVID. de Ponto Lib. II. El. 11. v. 22.

Si tamen horteris, fortius ibit equus.

fori utilem legis Aquiliae actionem imminere, ait, si seruus, descendendo in puteum, vel in arborem ascendendo, perierit, aut parte corporis aliqua debilitatus sit, cum *hortator* non quidem *corpore* suo, sed *corpore* tamen alieno, damnum dedisse videatur. *§. ult. I. de L. Aquil.* Noli igitur dubitare, quin *instigator* serui, cuius facto damnum datum est, *utili iudicio*, ac si ipse damnum fecerit, conueniri queat. Enim vero, etiam qui *sciuit*, alterum iniuriam facere, neque tamen *prohibuit*, cum *prohibere* debuisset, teste PAVLLO, ipse damnum videbitur dedisse. *L. 45. pr. D. ad L. Aquil.* Ceterum, si neque *corpore*, neque *corpore*, nocitum fuerit, sed homo liber suadendo laesus, aut corruptus sit, aut si quis alio modo causam morti, aut damno praebuerit, VLPPIANVS dicit, *actionem in factum* dari. *L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil.* Quaeris, cur haec tam varie constituentur; IUSTINIANVS rem satis expediuit, *directa* enim, inquit, *actio legis Aquiliae* tunc demum locum habet, si viroque modo, & *corpore nostro*, & *corpore alieno*, seu *patrimonio alterius*, damnum sit illatum. Si *alterutrum* deficiat, *utilis actio L. Aquiliae* competit; si *neutrum* inueniatur, hoc est, si neque *corpore*, neque *corpore alieno*, nocitum fuerit, sed alter tamen nostra culpa, quamuis non immediate, incommodum aliquod acceperit, inuenta est *actio in factum*, qua reus compellitur, ad omnia damna, etiamsi nec *corpore* data sint, nec alterius *patrimonium* directe imminutum sit, resarcienda. Ex qua re apparet, *instigatorem*, qui neque *corpore suo* immediate alteri damnum dedit, neque *corpus alienum* laesit, *sola actione in factum* efficaciter adigi posse, ut damna per *instigationem* data resarciat. *§. ult. I. de L. Aquil. L. 11. §. 6. D. ad L. Aquil. L. 17. eod. & L. 11. D. praescript. verb.*

Sed, quaecunque demum *actione hortator* teneatur, certe expeditum est, teneri illum ad damna compensanda. Enim vero, etiam ille, qui equum aut bestiam *concitauit*, ut alteri noceret, *actione in factum* compellitur ad damnum restituendum. *L. 9. §. 3 & L. 7. §. 3 D. ad L. Aquil.* Multo magis igitur, qui hominem imperitum, dementem, ebrium *instigatu suo* impulit, ut alteri noceret, de *damno* conuenitur, cum non solum nocuerit laeso, sed etiam laedentem corruerit, ac deteriorem fecerit, *suasione sua & hortatu*. Proximo mense *ICTis Vitembergensibus* eiusmodi species offerebatur: Mercenarius adultus persuaserat iuueni quindecim annorum, ut lapillos in tectum proximum coniiceret ad terrendas mulierculas, quae circa illum locum opus faciebant: Iuuenis mercenario obtemperauerat, funestissimo euentu: Vnus lapillus, tecto delapsus, fronti mulierculae illidebatur, ut multum sanguinis e vulnere proflueret. Post aliquot tempus, male curato vulnere, muliercula, conuulsionibus misere distorta, animam efflabat. Culpa in *hortatorem*, qui iuuenem instigauerat, maxime conferebatur. Respon-

spondimus, cum vterque, & qui suaserat, & qui lapillos iecerat, soluendo essent, vtrumque ad sumtus curationis & damna sarcienda condemnandum, & propter petulantiam non solum iuuenem, sed etiam hortatorem poena extraordinaria coercendum esse. Sed de poena deinceps exponemus.

§. VI.

Videlicet non sufficit, *damnum* iniuria datum ab instigatoribus pen- ^{Qui factum} sari, sed publice etiam interest, *hortatoris* nequitiam puniri. Qui enim ^{per se illicitum} *rem per se illicitam* alteri, quamvis *volenti*, persuaserit, *pestimo exemplo* ^{alteri persuasit,} & non sine *dolo* videtur nocuisse. Eleganter CLAVDIUS SATURNINVS, ^{etiam crimi-} etiam *consilia* punienda esse, ait, quia sceleris est instar, maleficos suadendo ^{nali iudicio} adiuuissse. L. 16. pr. D. de poen. Nouimus, qua severitate ^{conuenitur.} *potentissimus* ^{Plerumque} *pater patriae* illos persequatur, qui furibus & latronibus *consilium rei* ^{mitius puni-} *illicitae* dederunt: Die Diebs, Wirthe und Hehler, welche denen Dieben ^{tur, qui tan-} Vorschub thun, und Anschläge geben, wenn sie gleich directo nicht davon ^{tum suasis,} participiret, sollen eben die Strafe, wie die Delinquenten selbst, auszustehen ^{sed nihil fe-} haben 9). Praeterea in *homicidiis* nihil interest, vtrum aliquis occiderit, ^{cit, nisi tur-} an *causam* morti praebuerit, & curauerit, vt alter occidatur. *Mandator* ^{bam concita-} enim *caedis* pro *homicida* merito habetur. L. 15. pr. D. ad L. Corn. de ^{uit suasionem} *ficar.* 1) In *atrocibus* enim *delictis*, ob summum gradum doli & periculi, *hortator* *mandatori* merito comparatur. Qui *seruum* suum iussit suspendi, aut praecipitari, vt diximus, *poenam legis Corneliae* non effugiet; etiamsi ipse suis manibus *seruum* neque occiderit, neque praecipitauerit. L. vnic. C. de emend. seru. Eadem de causa praetor illum, qui mandauit alteri, vt album praetoris corrumpere, in *poenam Edicti* incidisse, iudicauit. L. 7. §. 5. de Iurisdic. Immo vero, qui alios rogauit, vt hominem in iudicio listendum vi eximerent vel retinerent, *poenam Edicti* commisisse dicitur; quamvis ipse hominem non retinuerit. L. 1. §. 1. D. de eo per qu. factum.

Vides, *instigatorem*, qui *delinquentem* in proposito confirmauit, etiam *poena publica* coercendum esse. Sed grauitur nobis obstat PAPINIANSVS, qui *instigatorem*, ait, pro *mandatore* delicti non haberi posse; ideoque arbitrat, *callidum instigatorem* non *infamia* notari, sed *pudorem* eius duntaxat

9) Mand. vom 27 Julii 1719. wegen geschwinder Exequirung derer Diebe und Räuber, in Cod. Aug. Tom. I. p. 1899. & Mand. nouiss. von Auffuch, und Entdeckung des Diebs, und Räuber, Gesindels, de dato Dresden den 14 Dec. 1753, §. 3. 1) PAVLL. recept. sent. Lib. V. Tit. 23. §. 5.

taxat onerari. *L. 20. D. de his, qui not. infam.* Parum abest, quin PAPI-
 NIANVS instigatorem poena liberalisse videatur. Sed ausim affirmare,
 quod PAPINIANVS non cogitauerit *de impunitate hortatoris*. Nimirum,
 ICtus in illa lege non generaliter de iure aut de poena instigationis disponit,
 sed verba sententiae cuiusdam, quam praeses provinciae in singulari casu
 pronunciauerit, interpretatur. Verba Praesidis ita concepta erant: *Videris
 callido commento instigator accusationis fuisse*. Quaerebatur, an his ver-
 bis instigatori infamia irrogata sit. Respondit PAPINIANVS: *instigato-
 rem* his verbis non infamia notari, sed pudorem eius duntaxat onerari, *dict.*
L. 20. D. de his, qui not. infam. Recte PAPINIANVS iudicauit. In-
 stigatorem enim accusabatur tantum, quod usus sit *callido commento*. Sed
 non omnis calliditas pro dolo malo habetur, ut poena infamiae irrogari pos-
 sit. Calliditatem enim Veteres pro solertia acceperunt, nisi improba machi-
 natione, & calliditate nocitum fuerit immerenti. *L. 1. pr. & §. 3. D. de
 dolo malo*. Igitur qui callido commento accusatorem instigasse dicitur, for-
 sitan non iniuste nocuit, sed habuit idoneam excusationem *instigationis*.
 Deinde praeses in illa sententia, ait, reum *videri callido commento* accusa-
 torem instigasse; sed, qui *videtur*, non statim conuictus est. Suspicionem
 enim calliditatis tantum oneratur. Nemo autem, propter suspicionem dun-
 taxat, infamia notari potest, nisi manifeste propter dolum sit damnatus.
 Itaque, cum sententiae verba dubia, interpretatione benigna emollire debeat-
 mus, merito PAPINIANVS censuit, verba ambigua sententiae ita acci-
 pienda esse, ut magis pudor onerari, quam infamia irrogata esse censeatur.
 Praeterea, non omni poena, *callidum instigatorem*, PAPINIANVS libe-
 rauit, sed tantum arbitratus est, verbis huius sententiae, infamiam non con-
 tineri. Immo vero, vel hoc satis graue est, si pudor oneratur. Haec res
 enim efficit, ut ille, cuius pudor oneratus est, etiam in aliis causis fidem
 vix inueniat, sed pro homine suspecto habeatur. Hoc sensu dicitur quo-
 rundam opinio onerari & affligi, qui facto suspecto fidem suam perdide-
 runt, ut merito de illorum honestate dubitari possit. *L. 13. C. ex quib.
 caus. infam. irrog. L. 25 C. ad L. Iul. de adult. & L. 2. C. de dignit.*

Itaque PAPINIANVS, instigatorem, cuius pudor oneratus est, non
 omni poenae exemit, cum ipse pudor oneratus, aliquam speciem poenae
 contineat.

Meretur tamen obseruari, quod plerumque mitius puniantur suaso-
 res delicti, quam ipsi delinquentes & sceleris ministri. Qui enim alios dun-
 taxat hortatur, ut facinus perpetrent, timidior videtur, quam minister
 sceleris, qui instigatus ab alio, pudorem posuit, & malo exemplo audacter
 rem administrauit. Hinc interpretes, *assassinum*, sceleris *ministrum*, mer-
 cede

cede ad caedem ab alio conductum, qui rem perpetravit, *rota contunden-*
dum esse, iudicant, cum contra *assassinator*, sceleris *auctor* & *mandator*,
qui *assassinum* mercede conduxit, *gladio tantum puniatur*, & *cadaver eius*
rotae imponatur. arg. art. 130. & 137. Ord. Crim. Carol. 5). Eodem mo-
do in *Saxoniae Electoratu* homines nefarii, qui *mercede* ab aliis conducti,
innocentes verberant, praeter *poenam ordinariam*, *abscissione aurium* &
nasi puniuntur. Conductores vero, salvis auribus & naso, carcere per octo
annos cum carena, & exclusionem ab honoribus coercentur 1). Porro *sua-*
sores duellorum: So leute versächlich zusammen heßen, und dadurch zu Un-
gelegenheit oder wohl gar zum Duell Anlaß geben, poena quidem satis gra-
ui 2), sed tamen paulo mitiore, quam ipsi delinquentes, afficiendi sunt 3).

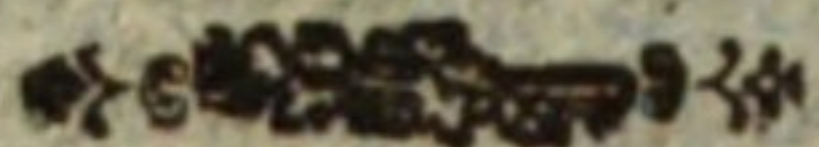
Receptum est igitur, ut in *delinquentem*, qui scelus perpetravit, *gravius*,
quam in *auctorem* & *suasorem*, animaduertatur, cum a *suasore*, qui ipse
non ausus est rem perpetrare, propter *timiditatis indicium*, minus periculi
imminere videatur, quam a feroci & audaci *delinquente*. Hi ministri ma-
xime terrendi sunt, quia deficientibus ministris scelerum, ipsa scelera quie-
scunt. Hac de causa, in specie, quam capite proximo proposuimus, *mer-*
cenarium, qui *iuueni* persuaserat, ut lapillos in tectum coniceret, *arbitra-*
ria tantum poena, ob *lasciviam*, puniendum, iudicauimus arg. *Legis 4.*
§. 1. D. ad L. Corn. de sicar. Sed *gravius* animaduertimus in *ministrum*
sceleris, qui *suasum mercenarii* in tectum coniecerat lapillos, quorum ictu
mulier vulnerata erat.

Apparet igitur, interdum *mitiore poena* affici *instigatores*, qui minus
audaciae habent, quam *ministros*. Nolim vero, hoc intelligas de *auctori-*
bus & *suasoribus seditionis* & tumultus, qui plures & turbam, *oratione* &
suasum, excitarunt; Hi enim *Legis Iuliae maiestatis* rei iudicantur. *L. 1. & 3.*
D. ad Leg. Iul. mai. 1) In militia, *auctores defectionis* & sceleris *princi-*
pes, *grauissime* puniri solent, ut sensus poenae ad paucos, merus poenarum
ad omnes perueniat 2). SCIPIO, quod LIVIVS testatur, *seditionis aucto-*
res securi percussit, ceteris pepercit 3). MODESTINVS praecipit, *au-*
ctorem seditionis, qui milites concitavit, capite puniri. *L. 3. §. 19. D. de*
re mil. ARRIVS MENANDER, militem, qui *primus* fugam fecerit,
Z 2 spe-

1) CARPZ. Part. I. Quaest. Crim. 19. n. 15. sequ. & 58. de Berger Elect. Crim.
p. 12. Idem in Oecon. Iur. Lib. III. Tit. XI. §. 12. p. 831. 2) Königl.
Pohln. und Churfürstl. Sächs. Edict wider die Selbststrache §. 15. 3) Ibid.
§. 46. x) Ibid. §. 25. y) vid. Mand. Elect. Sax. wider das Auslaufen,
Zu-mustreiten im Lande, de dato Dresden den 2 Junii 1726. 2) CAES.
de Bell. Gall. Lib. VIII c. 38 §. 34. Curt. Lib. VI. c. 6. §. 34. Veget. de R. M.
Lib. III. c. 4. a) LIV. Lib. XXVIII c. 28.

spectantibus reliquis, capite, tanquam auctorem fugae, puniendum esse, arbitratur. *L. 6. §. 3. & L. 16. §. 1. D. de re milit.* Generaliter auctores seditionis & tumultus, concitato populo, aut in crucem tolluntur, aut bestiis obiciuntur, aut in insulam deportantur. *L. 28. §. 3. D. de poen. L. 3. §. 4. D. ad L. Corn. de sicar. b)* Supplicio enim auctorum, qui omnibus noti sunt, reliqui terrentur, ut, capite peremto, membra obtorpescant. De archipiratarum supplicio supra tradidimus. Illud per se intelligitur, si quis impuberes & dementes instigatione deceperit, aut, si non solum instigaue- rit, sed etiam adiutor sceleris fuerit, & reliquos exemplo concitauerit, eum poena grauiore quam reliquos socios compescendum esse. *arg. Const. Elect. Sax. XXVI. P. IV.* Certe proditores, horrendo & exasperato supplicio digni esse, iudicantur. *Ord. Crim. Carol. Art. 124.*

De auctoribus vero turbarum, & de poena seductionis. alio libello di-
ligentius exponam.



b) PAVLLVS recept. sent. Lib. V. Tit. 25. §. 1.



Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs XI.

Halae ad Salam 1784

4 Diss. 5010-10/12

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122897-0

VD18 90544366